



UNIVERSIDADE CLÁSSICA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS/
DIREITOS FUNDAMENTAIS

O PRETENSO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BASE ESTRUTURANTE
DAS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES

NATÁLIA RODRIGUES FACHINI

Lisboa
2017



NATÁLIA RODRIGUES FACHINI

O PRETENSO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BASE ESTRUTURANTE
DAS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Políticas/ Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas e Direitos Fundamentais.

Área de concentração: Direitos Fundamentais

Orientador: Professor Doutor Carlos Adelino
Capelo de Andrade Pamplona Corte-Real

Lisboa

2017



NATÁLIA RODRIGUES FACHINI

O PRETENSO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO BASE ESTRUTURANTE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Políticas/ Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas e Direitos Fundamentais.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Nome
Universidade

Prof^a. Dr^a. Nome
Universidade

Prof^a. Dr^a. Nome
Universidade



DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família.

Especialmente ao meu pai Décio, meu grande incentivador para atravessar o oceano e cursar o mestrado em Direito nesta Universidade. Dedico também à ele por ser minha inspiração para o estudo do Direito, pois ao vê-lo inúmeras vezes estudando e debatendo o Direito ao longo da vida sempre quis fazer o máximo para algum dia ser igual. Obrigado por todo apoio, dedicação e incentivo nesta caminhada.

Dedico também à minha mãe Márcia, o meu suporte e minha grande incentivadora nesta jornada chamada vida. Obrigado por sempre estar ao meu lado e garantir tudo que fosse necessário para cumprir mais esta etapa da vida.



AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo total suporte no percurso do curso de mestrado e em especial durante o tempo que dediquei à elaboração deste trabalho. Um obrigado especial aos meus pais Décio e Márcia.

Agradeço também a todos os meus amigos pelo apoio e incentivo durante esta jornada. Em especial à minha amiga Raquel Andreatta, pelas inúmeras noites em claro estudando e pelas nossas discussões jurídicas. E também à minha amiga Patrícia Fontanella, por compartilhar seu conhecimento jurídico, e garantir grande suporte para a elaboração deste trabalho.

Um agradecimento ao meu namorado Leonardo, que me compreendeu durante todas as etapas do curso de mestrado, em especial à fase da dissertação, garantindo suporte e ajuda em todos os momentos que necessitei.

E por fim, um agradecimento especial ao meu orientador Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real, pelas inúmeras horas de trabalho e conversas telefônicas, pela sua compreensão e paciência comigo durante a elaboração do trabalho e pela sua dedicação à mim e ao estudo do Direito.

Muito obrigado à todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o êxito deste trabalho!

RESUMO

A presente dissertação tem como tema a discussão do pretensio princípio da afetividade e a relevância jurídica do afeto na construção e estruturação das relações jurídicas familiares, sob o ponto de vista dos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil.

Primeiramente analisar-se-á o afeto e a busca de um conceito. Será analisada também a possibilidade jurídica de um pretensio princípio da afetividade, sob o ponto de vista da doutrina brasileira. Contudo, o afeto e a afetividade, embora elementos presumíveis na família, não estarão necessariamente presentes. Neste ponto será discutida a relevância do afeto para fundamentação da família e seus elementos caracterizadores. Também será examinada a possibilidade de intervenção do Estado na família, bem como a chamada teoria do *non droit*, e uma suposta “obrigação de afeto”.

Em seguida, partiremos para a análise do direito fundamental de constituir família e sua intersecção com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade, na medida em que demonstraremos a relevância destes institutos na construção e estruturação da família. Demonstrar-se-á que a família não tem o afeto como base fundamentadora, mas sim o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade, principalmente no que diz respeito às relações jurídicas familiares de tipo horizontal, que serão objeto do presente trabalho.

Por último, serão analisadas as relações jurídicas familiares de tipo horizontal (casamento e união de facto/estável) e sua eventual intersecção com o afeto, o livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade. Será demonstrado especificamente o conteúdo do casamento, em especial sobre sua contratualidade, ou não, e uma breve análise sobre a obrigatoriedade dos deveres conjugais. Ainda será analisado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, as uniões plúrimas, e as respectivas soluções legislativas e jurisprudenciais em Brasil e Portugal. E por fim, o instituto do divórcio e suas consequências jurídicas.

Palavras-chave: Família. Afeto. Princípio da afetividade. Livre desenvolvimento da personalidade. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

This dissertation discusses the alleged principle of affectivity and the juridical relevance of affection in the construction and structuring of juridical family relationships, from the point of view of the legal systems of Portugal and Brazil.

First, we will analyze affection and search for a concept. The legal possibility of an alleged principle of affectivity will also be analyzed, from the point of view of Brazilian doctrine. However, affection and affectivity, although presumably elements of the family, will not necessarily be present. At this point the relevance of the affection for family foundation and its characterizing elements will be discussed. It will also examine the possibility of State intervention in the family, as well as the so-called *non droit* theory, and a supposed "obligation of affection."

We will then proceed to the analysis of the fundamental right to constitute a family and its intersection with the right to free development of personality and autonomy of the will, insofar as we will demonstrate the relevance of these institutes in the construction and structuring of the family. It will be demonstrated that the family does not have the affection as the founding basis, but rather the right to the free development of the personality and the autonomy of the will, especially the juridical familiar relationships of horizontal type, that will be object of the present dissertation.

Finally, we will analyze juridical family relationships of a horizontal type (marriage and the "união de facto/estável") and their possible intersection with affection, the free development of the personality and the autonomy of the will. Specifically, the content of the marriage will be demonstrated, in particular on its contractuality, or not, and a brief analysis on the obligation of conjugal duties. We will also analyze same-sex marriage, the "uniões plúrimas", and the respective legislative and jurisprudential solutions in Brazil and Portugal. And finally, the institute of divorce and its legal consequences.

Keywords: Family. Affection. Principle of affectivity. Free personality development. Autonomy of the will.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CCB - Código Civil Brasileiro/2002

CCP - Código Civil Português/1966

CFB - Constituição Federal Brasileira/1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça (Brasil)

CRP - Constituição da República Portuguesa/1976

EC – Emenda Constitucional

LUF – Lei da União de Facto (Lei nº 23/2010)

p. - Página

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

TC – Tribunal Constitucional (Portugal)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A FAMÍLIA E O AFETO.....	14
2.1 Uma tentativa conceitual para o afeto.....	14
2.2 Família: um lugar tendencialmente de afetos	17
2.3 A perspectiva brasileira e a relevância do afeto para a construção das relações familiares.....	23
2.4 Afeto: princípio jurídico no Direito da Família?.....	30
2.4.1 O assim dito princípio da afetividade.....	30
2.4.2 O afeto como valor para o Direito da Família.....	35
2.5 Âmbito de intervenção do Estado no Direito de Família.....	37
2.5.1 Direito de família: entre o público e o privado.....	38
2.5.2 A mínima intervenção do Estado.....	40
2.5.3 Afeto e Direito: a teoria do “ <i>non droit</i> ”.....	46
2.6 A “obrigação” de afeto.....	49
3. AS FAMÍLIAS, O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTOS ESTRUTURANTES.....	52
3.1 O direito fundamental de constituir família: liberdade de escolha.....	52
3.1.1 As famílias e a perspectiva portuguesa: análise do art. 1576º do CCP.....	56
3.1.2 As famílias democráticas e plurais: o modelo brasileiro.....	58
3.2 O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.....	61
3.2.1 Os direitos da personalidade.....	65
3.2.2 Âmbito de aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos da personalidade no Direito de Família.....	72
3.3 A autonomia da vontade no âmbito familiar.....	75
4. AS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES DE TIPO HORIZONTAL: HIPÓTESES DE INTERSECÇÃO COM O AFETO, COM O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE.....	81
4.1 O casamento.....	82

4.1.1 A pretensa contraturalidade do casamento.....	85
4.1.2 A exigibilidade dos deveres conjugais: o renovado acordo em sua configuração.....	88
4.1.3 O casamento entre pessoas do mesmo sexo: a eliminação do requisito de heterossexualidade.....	92
4.1.3.1 O casamento entre as pessoas do mesmo sexo em Portugal: breve análise da Lei nº 9/2010.....	93
4.1.3.2 As uniões homoafetivas no Brasil: omissão legislativa e ativismo judicial.....	98
4.2A união estável no Brasil e a união de facto em Portugal.....	101
4.2.1 Âmbito de proteção da união de facto enquanto relação jurídica familiar em Portugal.....	102
4.2.1.1 Virtual aproximação da união de facto ao regime jurídico do casamento....	107
4.2.2 O modelo brasileiro de união estável: a equiparação ao regime jurídico do casamento.....	111
4.3As uniões plúrimas.....	117
4.3.1 Breves considerações sobre a monogamia.....	119
4.3.2 Uma virtual aproximação à problemática do casamento putativo.....	122
4.4A extinção do casamento pelo divórcio: a eliminação da ponderação da culpa.	126
5. CONCLUSÃO.....	135
Referências bibliográficas.....	138
Lista de jurisprudência.....	147

1. INTRODUÇÃO

O tema da presente dissertação é pretensão princípio da afetividade, ou seja, a análise da relevância jurídica do afeto na construção e estruturação das relações jurídicas familiares, sob o ponto de vista dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Sua análise tem relevância na medida em que a doutrina brasileira tende a determinar o afeto como núcleo essencial da família, sem o qual não haveria possibilidade de se reconhecer uma relação jurídica familiar (?). Também porque a doutrina brasileira assente na ideia da existência e imperatividade de um princípio da afetividade, defendendo assim a possibilidade de se exigir o afeto juridicamente.

Contudo, havemos de mudar a perspectiva e estar atentos às famílias em que o afeto não está presente, e que nem por isso deixam de serem tuteladas ou merecedoras de tutela jurídica adequada. Bem como o afeto, por ser um elemento intrínseco ao ser humano e independente de sua vontade não poderá ser exigido juridicamente.

Por isso que analisaremos as relações jurídicas familiares e em que medida o afeto poderá, ou não, exercer influências jurídicas¹. Pois a partir do momento em que consideramos que o afeto e família são elementos intrínsecos do ser humano e se interligam nitidamente, tendemos a pensar na família ideal, na família afetiva. Contudo, existem famílias onde o afeto não está presente, mas nem por isso podemos deixar de garantir a sua tutela adequada, sob pena de não se garantir a dignidade de seus membros.

No presente trabalho, pela extensão do tema, optamos por estudar apenas as relações jurídicas familiares de tipo horizontal, a saber: o casamento, a união de facto em Portugal e a união estável no Brasil. Neste sentido buscamos demonstrar qual o elemento, que não o afeto, que estrutura estas relações.

¹ A doutrina brasileira defende que o afeto é um valor jurídico tutelável e que o princípio da afetividade é o princípio norteador do Direito de Família brasileiro (CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 130; DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69). Neste sentido Paulo Lôbo ainda afirma que “A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida” (LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71). Posições que não concordamos, porque a família é tendencialmente afetiva, sob pena de não se reconhecerem juridicamente as famílias “desafetivas”.

Ou seja, se a base das relações jurídicas familiares de tipo horizontal não é o afeto, qual seria o elemento estruturante para estas famílias?

Na busca para resolver esta questão, demonstramos que o elemento que constitui, mantém ou extingue as relações jurídicas familiares de tipo horizontal é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que garante a liberdade de autotutela do indivíduo, e a autonomia da vontade, que pressupõe que o indivíduo faça suas próprias escolhas, inclusive sobre a família.

Sendo assim, no primeiro capítulo abordamos a família e o afeto. Primeiramente buscamos um conceito para o afeto a ser desenvolvido ao longo do trabalho. Assim, também procuramos observar que a família é um lugar tendencialmente de afetos. Pois, embora parte dominante doutrina brasileira entenda que a família é fundada na afetividade, este argumento não pode prosperar. Porque a família é tendencialmente afetiva, mas poderá ser um lugar de “desafeto”, onde poderão estar presentes outros sentimentos como por exemplo o ódio ou desamor².

Sendo assim, percorremos nosso estudo para demonstrar as posições da doutrina brasileira e sua tendência em considerar o afeto elemento relevante para a construção e estruturação das relações jurídicas familiares. E neste sentido, pela relevância da discussão, abordamos a questão de o afeto ser ou não um princípio jurídico de Direito de Família, e em que medida poderia ser considerado elemento “obrigatório” da família.

Ainda percorremos a análise entre a família e o afeto, enquadramos o Direito de Família como um ramo de Direito Privado, para demonstrar a imperatividade do chamado princípio da mínima intervenção do Estado na família³. E ainda discutimos a teoria do *non droit*, com o objetivo de demonstrar que o Direito não abarca todas as áreas da vida do homem, e que os sentimentos seriam áreas “livre de Direito”, onde o Direito não poderá regular ou exercer qualquer domínio⁴. E por fim,

² WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

³ Conforme afirma a jurista brasileira Dóris Ghilardi atualmente no Direito de Família prevalece a mínima intervenção do Estado, pois a este somente cabe intervir no âmbito familiar com o objetivo de proteger seus membros, não havendo como se cogitar a hipótese de o Estado intervir na intimidade da família, bem como em assuntos de ordem pessoal de seus membros (GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 104-105).

⁴ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 367 e CARBONNIER, Jean. Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10^a ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 24-28.

analisamos a possibilidade jurídica da chamada “obrigação” de prestar afeto, pois na medida em que a doutrina brasileira determina a afetividade com o princípio jurídico, a consequência deste entendimento seria a obrigação jurídica de alguém prestar afeto a outrem.

No segundo capítulo abordamos o direito fundamental de constituir família nos ordenamentos de Portugal e do Brasil, bem como a perspectiva da família em ambos os ordenamentos jurídicos. Em seguida, analisamos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade, com o objetivo de demonstrar que estes institutos que dão sentido à família, no que diz respeito às relações jurídicas familiares de tipo horizontal, que conferem ao indivíduo a livre formação da família e a livre escolha de qual família desejar, seja o casamento, a união de facto/estável, a união de casais do mesmo sexo ou até mesmo as chamadas uniões plúrimas.

Por fim, analisamos as relações jurídicas familiares de tipo horizontal. Fizemos uma análise do instituto do casamento e sua possível contratualidade, abordamos a questão dos deveres conjugais e também o casamento ente pessoas do mesmo sexo, demonstrando as soluções legislativas e jurisprudenciais de Portugal e do Brasil. Ainda examinamos os institutos da união de facto e união estável, em Portugal e no Brasil, respectivamente, comparando os institutos. Analisamos também as uniões plúrimas e seu possível enquadramento nos ordenamentos jurídico de Portugal e do Brasil. E por fim, foi demonstrada uma breve análise do instituto jurídico do divórcio.

Sendo que, tudo com o objetivo de demonstrar a inexistência de qualquer influência jurídica do afeto nas relações jurídicas familiares de tipo horizontal, pois na verdade é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade que determinam a construção, manutenção, estruturação e extinção destas relações.

2. A FAMÍLIA E O AFETO

A família e o afeto são elementos inerentes a todos os seres humanos, e que se interligam na medida em que se realiza uma análise antropológica das relações familiares. A noção ideológica de família está ligada ao afeto, na medida em que a família deveria ser o núcleo básico de desenvolvimento dos sentimentos do homem. Portanto, é necessário ressaltar primeiramente algumas considerações sobre o afeto que serão importantes para delinear o conceito de afetividade a ser desenvolvido ao longo deste trabalho. E posteriormente, conceituar a família para delimitar até que ponto afeto e família estão interligados. A partir desta análise, discutiremos a intervenção do Estado no Direito de Família e as consequências jurídicas negativas de se atribuir algum valor jurídico ao afeto.

2.1 Uma tentativa conceitual para o afeto

A psicologia conceitua o afeto como inerente ao ser humano, elemento determinante para a construção de sua personalidade, pois a afetividade não se encerra no indivíduo, vai além deste para dar conteúdo às relações na família e na sociedade⁵.

No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa encontramos afeto definido como: “1 - Impulso do ânimo; sua manifestação; 2 - Sentimento, paixão; 3 - Amizade, amor, simpatia; 4 - Dedicado, afeiçoado; 5 - Incumbido, entregue”⁶. A palavra afeto tem origem na palavra romana *affectio* ou *affectus*, que significa ad (para) e *facere* (fazer), traduzindo a ideia de feitos um para o outro.

Aristóteles, em sua teoria intitulada “Ética Eudaimônica”, já citava o afeto como uma potência humana, ao lado da inteligência e da vontade. Para ele, a

⁵ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 84.

⁶ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/afeto>>. Acesso em 17 jan. de 2017.

felicidade somente era possível de ser alcançada mediante a aquisição de tais virtudes⁷.

Igualmente Espinosa abordou o afeto em sua obra e sustentou que o homem é um ser racional, mas principalmente emocional. Segundo o autor os afetos são ideias das afecções do corpo, sendo que a sua estrutura depende da estrutura do corpo: possui uma potência, que se fortalece ou enfraquece, diante de estímulos externos ou internos⁸. É necessário, em sua visão, que o ser humano mantenha convívios de afeto positivos e alegres, para o fortalecimento de sua potência⁹.

Sigmund Freud, ao escrever sobre a afetividade em seus estudos, nos ajuda a compreender que os afetos e os sentimentos do ser humano são processos internos, e sua exteriorização é percebida por meio das sensações. A afetividade é constitutiva e inerente a todos os seres humanos: é uma capacidade inata do homem, que se desenvolve em diferentes graus em cada indivíduo¹⁰.

Também Jean Piaget, assente que “a afetividade seria como a gasolina que ativa o motor de um carro”, sendo afetividade e inteligência indissociáveis, constituindo-se em dois aspectos complementares das condutas realizadas pelo ser humano¹¹.

E ainda Clóvis de Barros Filho afirma que o afeto, ou o amor, é sentimento do homem. Enquanto a ética representa um esforço da razão para buscar a melhor maneira de conviver independente do que se sente. Afirma que a ética se espelha no amor para tirar suas conclusões, é uma tentativa de imitação deste, representa a premissa de que se uma pessoa não ama, ela age como quem ama, diante das

⁷ Aristóteles apud PEREIRA JR., Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: Direito e dignidade da família: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012, p. 94.

⁸ Espinosa refere que os estímulos externos são os afetos que o ser humano sente. Nas palavras de Fernando Dias de Andrade sobre a teoria de Espinosa: “Como a potência do corpo pode sofrer basicamente estes dois movimentos (aumento e diminuição), existem duas categorias básicas de afetos que correspondem a tais movimentos: a alegria, afeto é ideia de aumento da nossa potência; e a tristeza, afeto que é a ideia de diminuição da nossa potência. [...] a alegria, quando concebida tendo uma causa exterior, denomina-se amor, [...] e o ódio é a tristeza como tendo causa externa” (Espinosa apud DIAS DE ANDRADE, Fernando. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosa. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/15.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2017).

⁹ Espinosa apud DIAS DE ANDRADE, Fernando. Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosa. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/15.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2017.

¹⁰ Sigmund Freud apud PLASTINO, Carlos Alberto. O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 137-139.

¹¹ Jean Piaget apud WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

relações jurídicas familiares que faz parte. Afirma que existe uma difícil distinção dos comportamentos ditos amorosos e dos comportamentos éticos, pois somente aquele que age saberá qual a verdadeira intenção de seu comportamento¹².

Para Belmiro Pedro Welter o afeto poderá ser compreendido na arte, na música, na poesia, na linguagem, na educação, no conhecimento e sabedoria do ser humano, na saúde, na felicidade e na liberdade das pessoas. Para o autor “o afeto é enchente de vida e portal da existência, forjado na seiva que alimenta a cadência do sentido da vida, que se engendra e se identifica na tridimensionalidade humana”¹³.

Conforme explica Romualdo Baptista dos Santos “a afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões”, se refere aos processos interiores, e que no ser humano se alia à intelectualidade formando reações aos estímulos externos e internos¹⁴.

Assim, a esfera íntima da pessoa é delimitada pelo conjunto de afetos, que compreende as emoções, os sentimentos e as paixões. A afetividade é desenvolvida ao longo da vida, constituindo a personalidade dos indivíduos e projetando sua vida na sociedade. Contudo, a estrutura afetiva que compõe o ser humano poderá sofrer má formação ou degeneração, causando doenças psíquicas. Neste sentido, Romualdo Baptista dos Santos sustenta que:

Sobretudo, a afetividade é um objeto complexo que se apresenta sob variados aspectos, conforme o ângulo de observação. Podemos acrescentar, aqui, que a afetividade é mais elementar, mais fundamental que a inteligência, posto que aquela é inerente a todos os seres vivos, ao que a intelectualidade diz respeito apenas aos seres humanos e alguns animais superiores¹⁵.

Sobre o afeto, a psicanalista brasileira Giselle Câmara Groeninga salienta que é o sentimento que transforma a energia psíquica e os impulsos do ser humano em ação, quando entram em contato com pessoas e objetos significativos. É o que dá

¹² BARROS FILHO, Clóvis de. Amor – Aula 6. Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sbghRVmjVXM>>. Acesso em 02 de jun. de 2017.

¹³ O autor defende que o ser humano é constituído por três dimensões: genética, (des)afetiva e ontológica (WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52-53).

¹⁴ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 51 e 73.

¹⁵ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 73.

sentido às relações humanas, é o que influencia o homem na sua forma de interpretar o mundo¹⁶.

Ainda refere Dóris Ghilardi que o afeto é uma “estrutura permissiva da personalidade, é instância constitutiva do ser humano, integrante da esfera sensível, dos sentimentos, das emoções”. É o que sustenta as relações humanas, pela capacidade do homem em afetar e ser afetado¹⁷.

Por fim, Ricardo Lucas Calderón sustenta que o afeto não possui um conceito jurídico, estando restrito à análise das ciências que estudam os sentimentos humanos. Já a afetividade representa a manifestação dos afetos do ser humano, com reflexos no mundo dos fatos. Na medida em que ao Direito cabe valorar os fatos, a afetividade representa a expressão fática do afeto. Portanto, o que interessa ao Direito é o conceito jurídico de afetividade, que é diferente de afeto, porque este não possui conceituação jurídica¹⁸.

Conforme afirma Renata Lacerda de Andrade, afeto e afetividade, mesmo possuindo a mesma origem, não se confundem, pois “a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; o afeto é sentimento”¹⁹.

Portanto, concluímos que o afeto é inerente ao ser humano, e é demonstrado de diversas formas através dos sentimentos. É elementar e fundamental ao homem, é o que o distingue das demais criaturas, “porque o ser humano somente é humano quando está afetivo”²⁰.

Porém, afeto e afetividade não se confundem, pois enquanto o afeto diz respeito aos sentimentos e emoções do ser humano, a afetividade é que o traz para o mundo externo. A afetividade representa os fatos externos produzidos pelo afeto, ou seja, pelos sentimentos humanos.

¹⁶ CÂMARA GROENINGA, Giselle. Família: Um caleidoscópico de relações. In: Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia, coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: IMAGO, 2003, p. 130.

¹⁷ GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 108.

¹⁸ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 321.

¹⁹ LACERDA DE ANDRADE, Renata Cristina Othon. Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: Famílias no direito contemporâneo. Recife: JusPodivm, 2010, p. 73.

²⁰ WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

2.2 Família: um lugar tendencialmente de afetos

Historicamente a família nem sempre foi vista aliada à afetividade: a família antiga não sustentava o afeto como formador do vínculo familiar. Conforme aponta Fustel de Coulanges o princípio das famílias gregas e romanas não era o afeto natural, porque o Direito não dava importância aos sentimentos²¹. O sentimento poderia existir no coração, mas para o Direito não haveria consequência alguma. O que formava a família antiga era algo mais poderoso que o nascimento ou os sentimentos, o laço que tinha mais valor era o religioso, a família antiga era antes de ser um agrupamento natural, uma associação religiosa²².

A família ao longo da história sempre esteve relacionada às funções variadas, conforme a evolução que sofreu, estando adstrita à religião, à política, à economia e à procriação. Possuía caráter patriarcal, matrimonial e hierarquizado, legitimando o poder masculino sobre a mulher e os filhos²³.

Atualmente, com a evolução da família e da própria sociedade, estas funções perderam sentido. O que ocorre é a valorização da realização pessoal dos membros da família pela comunhão de vivências, conforme sustenta Paulo Lôbo, num ambiente de convivência e solidariedade, sendo esta a função básica da família atual²⁴.

Quem traz a ideia de que a família é um lugar de afetos é João Seabra Diniz, ao sustentar que não há como falar de família sem falar de afetos, pois a família, para o autor, é por excelência o lugar de memória, de idealização e de desejo. Afirma que o ser humano inicia sua vida e estruturação como pessoa através das relações familiares, pois o afeto é o que existe de mais importante nas relações humanas²⁵.

²¹ O que unia as famílias gregas e romanas era “a religião do fogo sagrado dos antepassados”. Segundo Fustel de Coulanges “Sem dúvida não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituído baseando-se apenas nos sentimentos naturais” (COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 2006, p. 59).

²² COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 2006, p. 57-58.

²³ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18-20.

²⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18-20.

²⁵ SEABRA DINIZ, João. Família lugar de afectos. In: Estudos em homenagem à Rui Epifânio. Coimbra: Almedina, 2010, p. 142; 147-151.

O homem constitui família em busca da sua felicidade, é o lugar de onde parte para a aventura da vida, e “se aceitarmos que a família é por excelência o lugar e a matriz dos afectos, não será difícil prosseguirmos a nossa reflexão afirmando que o futuro da família depende do futuro que soubermos preparar para os afectos”. A troca de afetos é o sistema primário das relações pessoais, na medida em que se torna impossível a constituição de relações de qualidade sem afeto de boa qualidade²⁶.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho também afirmam que atualmente é difícil encontrar um conceito único que defina a família, pela diversidade de formas pelas quais poderá se constituir, por isso sustentam que as características comuns para identificar uma relação familiar são: um núcleo existencial composto por uma ou mais pessoas, na medida em que a afetividade, segundo os autores, é o que forma, ou deveria formar, a família; com o objetivo de realização pessoal de seus membros, pois a família é um meio para se buscar a felicidade²⁷.

Os juristas brasileiros Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald afirmam que a família é o fenômeno humano que dá vida à sociedade, sendo necessário compreendê-la à luz da interdisciplinariedade, marcadamente por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e, por que não dizer, globalizadas²⁸. Em seus dizeres argumentam que “a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como um grupo social, essencialmente afetivo, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional”²⁹.

Paulo Lôbo também diz que a família deixou de ser vista como base da sociedade, para tornar-se o espaço de realização de seus membros. Reinventou-se socialmente, atualmente entendida, conforme afirma o autor, como uma unidade de

²⁶ SEABRA DINIZ, João. Família lugar de afectos. In: Estudos em homenagem à Rui Epifânio. Coimbra: Almedina, 2010, p. 142; 147-151.

²⁷ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito Civil – vol. 6 Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51-52.

²⁸ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 33.

²⁹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 52. Neste sentido também Maria Berenice Dias afirma que a família é um agrupamento espontâneo, cuja estruturação é regulamentada pela direito. Sustenta que o que une os membros da família atualmente são os vínculos de afeto, pois a nova concepção de família tem por base os laços de afeto, carinho e amor que unem seus membros (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27).

afeto, e que a afetividade aparece como elemento nuclear da família, verificando uma aproximação da instituição jurídica à instituição social³⁰.

Para Victor Macedo dos Santos a família atualmente está assente na ideia de “não conceito”, pois a partir da Constituição Federal Brasileira (CFB), a família é um o espaço de preservação do afeto, independente de um modelo pré-estabelecido. Afirma a ideia da valorização jurídica do afeto, pois este é o pressuposto essencial para a existência da família, e ainda diz que “além da despatrimonialização, pela supervalorização da dignidade humana – concludente numa repersonalização das relações familiares -, uma desbiologização da família, não extinguindo-a, mas atribuindo à sociabilidade/afetividade valor equivalente, razão pela qual se afirma, ainda mais, a essencialidade do afeto”³¹.

Aponta que os requisitos que devem identificar a família, diante da dificuldade de encontra-se um conceito que abranja todas as possíveis formações familiares, são: o afeto, a estabilidade, a ostentabilidade e a pluralidade de sujeitos³².

A estabilidade porque demonstra a sedimentação da afetividade no âmbito familiar, é a vontade dos indivíduos que formam a família de permanecerem unidos. A ostentabilidade na medida em que a família é pública e claramente identificável na sociedade. E a pluralidade de sujeitos, pois a afetividade necessita de mais de duas pessoas para se desenvolver, é a inerente reciprocidade de sentimentos. Por fim, a afetividade, como elemento nuclear de vinculação dos sujeitos, pois segundo o autor “esse sim é o novo paradigma da ‘pós-modernidade’: o afeto”³³.

No Brasil a CFB afirma em seu art. 226 que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Garante proteção constitucional à união estável como entidade familiar, e à família monoparental, que é a entidade familiar formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. A partir daí que se introduziu, o que a doutrina brasileira costuma determinar de “famílias plurais”, introduzindo no

³⁰ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

³¹ MACEDOS DOS SANTOS, Victor. Conceito ou “não conceito” de família?. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 406-408 e 412-414.

³² MACEDOS DOS SANTOS, Victor. Conceito ou “não conceito” de família?. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 406-408 e 412-414.

³³ MACEDOS DOS SANTOS, Victor. Conceito ou “não conceito” de família?. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 406-408 e 412-414.

ordenamento jurídico uma variedade de arranjos familiares que atualmente é difícil encontrar um único modelo capaz de abarcar todas as relações jurídicas familiares.

Também a Constituição da República Portuguesa (CRP) em seu art. 67º define a família como elemento fundamental da sociedade, garantindo direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

Em contrapartida ao modelo brasileiro, em Portugal, conforme afirma Jorge Duarte Pinheiro, o Código Civil Português (CCP) não introduz um conceito de família, que “talvez possa ser entendida como um sinal da dificuldade de recorte da própria instituição familiar”³⁴. Atualmente a doutrina majoritária portuguesa assente que a família corresponde somente às relações elencadas no art. 1576º CCP³⁵, quais sejam: o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, sem levar em conta qualquer outro elemento como os laços afetivos³⁶.

Mas, em posição contraposta, Carlos Pamplona Corte-Real afirma que a família se dá além daquelas formas de constituição familiares elencadas no art. 1576º do CCP. Defende o autor que “deverá procurar-se o que possa haver de comum nas situações e factos enunciados no art. 1576º, e extrapolar das mesmas o almejado conceito”, pois os elementos comuns presentes nas situações legais são a sua virtual ou efetiva perdurabilidade do vínculo, que traduz o caráter presumivelmente afetivo, e a um ato constitutivo socialmente relevante, seja biológico, vivencial, administrativo ou judicial. São, portanto, estes os parâmetros ideias para a identificação da família³⁷.

Em suma, o jurista português afirma que:

³⁴ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 33.

³⁵ A discussão sobre a taxatividade do referido artigo será abordada no tópico 3.1.1.

³⁶ Antunes Varella refere o seguinte: “As relações jurídicas destacadas na definição caracterizam-se por duas notas fundamentais: primeiro, por todas elas se integrarem no grupo social que é a família; segundo, pela natureza intrínseca que elas revestem” (ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 18). Também partilham desta concepção de família Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 31); João de Castro Mendes (CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Aafdl, 1990/1991, p. 9-10); Jorge Duarte Pinheiro (DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 3ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 33-34) e Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos (LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 23).

³⁷ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 118-119.

Quase se ousaria aventar que a família será o que o Homem quiser que seja, no exercício da sua autonomia existencial, convivencial e afetiva. A lei deverá ir fazendo um percurso em sentido similar e paralelo, em ordem a proporcionar ao indivíduo o enquadramento familiar que propicie instrumentalmente a consecução da sua felicidade³⁸.

Neste sentido, Dóris Ghilardi afirma que “o afeto não é a única função e, nem, o único elemento caracterizador de uma entidade familiar”. Pois não podemos deixar de notar e atribuir efeitos jurídicos às entidades familiares em que o afeto não encontra-se presente, mas que preenchem todas as características legais para serem constituídas como tal, como por exemplo o casamento, que se cumprido todas as exigências legais, não deixará de ser casamento, mesmo que não haja afeto entre os cônjuges³⁹.

Assevera a autora que o afeto é importante na família, mas uma entidade familiar poderá ter outros objetivos, que não afetivos, e continuar a ser tutelada pelo Direito. Afirmar que a família é um lugar de afetos, e que o afeto é o elemento estruturante e identificador da família, é como afirmar a impossibilidade de reconhecer os vínculos familiares, que embora reconhecidos juridicamente, onde inexistente afetividade. Se reconhecido o vínculo familiar, na presença de afeto ou não, não existe possibilidade de negar a existência da família, pelo menos não juridicamente. Portanto, para o Direito, o conceito de família não se coaduna com a ideia de que o afeto é o seu elemento estrutural, porque a família existe independente do afeto entre seus membros⁴⁰.

Belmiro Pedro Welter também afirma que a “família não é exclusivamente um lugar de afeto!”⁴¹, pois poderá haver família sem afeto, lugares em que há a presença de conflitos, desrespeito, violência, abandono, que demonstram que muitas vezes a família não é afetiva.

Dessa forma, não há de se cometer o mesmo equívoco do passado em impor um modelo à família. Afirmar Dóris Ghilardi que “a presença do afeto é passível de ser colocada como elemento de idealização da entidade familiar, mas não pode sua

³⁸ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. O conceito de família e as famílias no direito português. In: Atas da conferência Famílias no plural: alargar o conceito, alargar o preconceito. Lisboa: ILGA Portugal, 2013, p. 157.

³⁹ GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 98-99.

⁴⁰ GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 98-99.

⁴¹ WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

presença ser imposta, a ponto de descaracterizar os núcleos formados por outros interesses, sob pena de desvirtuar a espontaneidade dos vínculos, forjando sentimento”⁴².

Portanto, partimos do pressuposto que a família é um agrupamento espontâneo e, em constante evolução e de difícil conceituação, é uma realidade inacabada. Não há como afirmar que a família é um lugar de afetos, pois juridicamente é família aquele agrupamento que preenche os pressupostos legais, quais sejam a de um fato socialmente relevante constitutivo do vínculo, como por exemplo o assento de casamento, e a vivência contínua, pública e duradoura para a união de facto/estável, sem levar em consideração o sentimento existente entre seus membros.

Concluimos, assim, com as ideias trazidas por Carlos Pamplona Corte-Real, que reconhece que o que identifica a família é seu virtual caráter afetivo, pois não há definitivamente como comprovar a existência do afeto no núcleo familiar, bem como sua virtual perduralidade, na presença de um fato socialmente relevante, de uma situação pública que permita identificar a família. Tais elementos assentam na ideia de que os indivíduos formadores do vínculo familiar desejam manter-se unidos, seja pelo afeto ou qualquer outro motivo que não cabe ao Direito valorar.

Portanto, a família é um lugar tendencialmente de afetos, mas o afeto não constitui seu núcleo essencial e definidor, sob pena de não se reconhecerem as famílias não afetivas, aquelas em que não existe qualquer sentimento entre seus membros. O que caracteriza a família fundamentalmente é sua virtual perdurabilidade, que traduz a tendencial afetividade entre seus membros, diante da presença de um vínculo público socialmente relevante, seja biológico, vivencial, administrativo ou judicial.

2.3 A perspectiva brasileira e a relevância do afeto para a construção das relações jurídicas familiares

A doutrina majoritária brasileira defende a afetividade como atributo necessário para a existência da relação familiar, constituindo o afeto seu núcleo

⁴² GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 100.

essencial. Embora este não seja o nosso posicionamento, vejamos as posições mais significativas:

O primeiro jurista brasileiro a analisar o tema da afetividade juridicamente foi João Baptista Vilella, que em 1979 a analisou a partir da paternidade, quando afirmou que a paternidade não estava restrita à um fato biológico, mas a um fato cultural. Segundo o autor, ser pai e mãe é uma decisão livre e pessoal, pois “a paternidade é uma opção de exercício, e não um mercê ou fatalidade”⁴³. Afirmou que:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para ser afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade⁴⁴.

Em Portugal, um dos primeiros juristas a suscitar o tema foi Guilherme de Oliveira, que ao analisar a paternidade demonstrou a importância do afeto para a determinação da filiação. Concluiu que o critério biológico era apenas um dos critérios possíveis a ser adotado para determinar a filiação, e que a verdade sociológica da filiação também é determinante para estabelecê-la⁴⁵. Posição que influenciou a doutrina brasileira.

Neste sentido, outro jurista brasileiro que contribuiu para a aceitação da afetividade no Direito de Família foi Luiz Edson Fachin ao afirmar que “a afetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade”. Sustenta que além da paternidade biológica existe um elemento a mais a fim de identificá-la. Este outro elemento traduz a ideia de que a “paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz”. Ao afirmar que a paternidade é construída, afirma a importância do critério socioafetivo para o estabelecimento da filiação⁴⁶.

⁴³ VILELLA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, nº 21, maio 1979, p. 401 e 414.

⁴⁴ VILELLA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, nº 21, maio 1979, p. 412.

⁴⁵ OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico da paternidade. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão), p. 436-437.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 23.

Aliás, argumenta José Sebastião Oliveira que, os membros de uma família, pela liberdade que mantém seus relacionamentos, buscam cada vez mais a reciprocidade de sentimentos. Diz que “realmente, o Direito não o tem o poder de criar a afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de qualquer legislação, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão”. E ainda sustenta que “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, umas das maiores características da família atual”⁴⁷.

Afirma que é dentro da família que os laços de afetividade se tornam mais estreitos e aptos a contribuir para que seus membros suportem os males externos, é nela que recebem estímulo para buscar sua realização pessoal, a afetividade representa a plena realização pessoal de cada um de seus membros⁴⁸.

Também em defesa da afetividade como elemento essencial à estrutura familiar, o jurista brasileiro Ricardo Lucas Calderón sustenta que a afetividade é o vetor dos relacionamentos familiares contemporâneos. Pois, principalmente a partir do início do século XXI restou evidenciado o gradativo aumento da importância da afetividade para as construções familiares, não em substituição dos vínculos biológicos ou matrimoniais já existentes, mas sim ao lado destes, representando a relevante ligação afetiva dos membros da família. Demonstrou-se a crescente existência de vínculos familiares somente com base no afeto, sem a existência de vínculos biológicos ou matrimoniais, a exemplo das uniões estáveis. Abriu-se a percepção do papel fundamental da afetividade nas relações matrimoniais, registra e biológicas, reconhecendo-se a importância do afeto para a manutenção destas⁴⁹.

O que ocorreu, segundo o autor, foi que a importância do afeto nas relações familiares foi evidenciada pela sociedade, nas mais variadas formas de relações. Sustenta que atualmente restam evidenciadas novas e diferentes formas de convivências familiares, com a prevalência do afeto, da liberdade, do respeito e da igualdade nos relacionamentos. Afirmo que:

⁴⁷ SEBASTIÃO OLIVEIRA, José. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 233-239.

⁴⁸ SEBASTIÃO OLIVEIRA, José. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 233-239.

⁴⁹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p 205-207.

Nessa “nova” forma de viver em família, a afetividade assumiu relevante papel como vetor das suas relações, em substituição ao que outrora foi deixado a encargo da Igreja, do Estado, do meio social, dos interesses institucionais ou patrimoniais. A alteração é de tal monta que, paralelamente à perda das funções institucionais da família, restou possível sustentar o surgimento de uma função afetiva, direcionada para a realização pessoal de cada membro, ao encontro da função eudemonista⁵⁰.

Assim, Paulo Lôbo afirma que “a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função social da família de nossa época”⁵¹. Neste sentido, Ricardo Lucas Calderón defende que a afetividade assumiu, em muitas relações familiares, o papel de vetor de tais relacionamentos, como o seu papel central, o que antes não havia se percebido. Afirma que “foi de tal ordem a alteração que resta possível afirmar que houve uma verdadeira transição paradigmática na família brasileira contemporânea, pela qual a afetividade assumiu o papel de vetor destas relações”⁵².

Também argumenta Arnold Wald que após a promulgação do Código Civil Brasileiro (CCB) alargou-se o conceito de parentesco, que deixa de ser definido unicamente pelo liame biológico, e valoriza-se o critério socioafetivo, fundado no afeto. Diz que “o afeto, com efeito, revela-se hoje muito mais significativo para o direito do que a mera ciência genética”⁵³. Segundo o autor, a família não é mais aquela formada unicamente pelo casal e seus filhos, a chamada família nuclear, o extenso rol de novas situações familiares que surge com a modernidade e a globalização apresentam um novo conceito de família⁵⁴.

Neste sentido, Rolf Madaleno afirma que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Sustenta que os vínculos biológicos não se sobrepõem necessariamente aos afetivos, afirmando que poderá haver a prevalência destes sobre aqueles. Segundo o autor “o afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro”. A

⁵⁰ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 205-207.

⁵¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

⁵² CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 210-211.

⁵³ WALD, Arnold, CORRÊA DA FONSECA, Priscila M. P. Direito Civil: Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25-26.

⁵⁴ WALD, Arnold, CORRÊA DA FONSECA, Priscila M. P. Direito Civil: Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25-26.

sobrevivência humana depende da interação do afeto, pois este é valor supremo e necessidade ingente do homem⁵⁵.

Nesta linha de pensamento, o jurista brasileiro Sérgio Resende de Barros defende a ideologia do afeto, que surge em oposição à velha e superada família patriarcal. Diz que os nas relações conjugais seus membros vivem em uma conjugação de vida, na qual atua o afeto. Assente que “o que define a família é uma espécie de afeto que – quando existe – conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar”. Mas, trata-se de um afeto especial, é o sentimento que une duas ou mais pessoas, no convívio do dia a dia, em razão de uma origem em comum ou destino, que mantém suas vidas tão intimamente unidas. Este afeto é o que define a família, que o autor denomina de afeto familiar. É o afeto que comunica e une as pessoas, mesmo quando distantes no tempo e no espaço, por meio de uma solidariedade íntima e fundamental para suas vidas, que se dá na vivência, na convivência e na sobrevivência da família, pois é o afeto é o que o conjuga as pessoas⁵⁶. Contudo, não há como levar este entendimento como absoluto, pois o afeto pode faltar na família, porque como referimos anteriormente o afeto é elemento tendencial na família.

O autor ainda defende um direito ao afeto, que tem como objeto o sentimento maior que une os indivíduos, por um laço mais forte do que simples interesses, pois desde a sua origem, a família é um local de amor e ternura, de dedicação e solidariedade, mas também de responsabilidade com aqueles que se cativaram⁵⁷.

Defende que o direito ao afeto é o mais essencial à saúde física e psíquica do ser humano e ao desenvolvimento da própria família. Refere que o direito ao amor é a expressão do direito ao afeto, pois o amor é que dá origem ao afeto. Um não se desenvolve sem o outro, na medida em que o mais puro afeto é amor, e o amor que nos faz seres humanos. O amor que identifica os seres humanos, formando um laço tão forte que dá origem à solidariedade humana, que é a única capaz de formar a humanidade, a partir das células familiares da sociedade⁵⁸.

⁵⁵ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98-99.

⁵⁶ RESENDE DE BARROS, Sérgio. A ideologia do afeto. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

⁵⁷ RESENDE DE BARROS, Sérgio. A ideologia do afeto. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

⁵⁸ RESENDE DE BARROS, Sérgio. Direitos Humanos e Direito de Família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

Ainda, Sérgio Resende de Barros ainda afirma que o direito ao afeto constitui um direito individual, uma liberdade, e que o Estado tem o dever de garantir a cada pessoa, não podendo ser negado a ninguém. Segundo o autor o afeto gera direitos individuais, constituindo a liberdade de afeiçoar-se ao outro, formando uma verdadeira liberdade constitucional. Neste sentido, defende que o afeto deveria ser considerado um direito individual implícito na CFB, pela norma do art. 5º §2º, que admite que direitos não expressamente declarados pela Constituição⁵⁹, sejam encarados como tais, na medida em que são decorrentes dos princípios por ela adotados. Explica que tem por base a dignidade da pessoa humana, que simboliza o critério maior para consideração do afeto como direito fundamental, em virtude de que a plena realização da dignidade humana é o princípio e o fim do que denomina sua tutela constitucional⁶⁰.

Contudo, não concordamos com a tese apontada de que o afeto é um direito fundamental implícito na CFB, pois este é indisponível ao ser humano, não sendo possível sua regulamentação jurídica, eis que a o grau e modo de se afeiçoar ao outro é livre, não havendo possibilidade de gerar qualquer direito ou obrigação jurídica.

Mas, ainda corroborando com a tese do afeto como requisito essencial às relações jurídicas familiares, Giselda Hironaka argumenta que por ser o afeto algo “tão não jurídico”, os juristas têm dificuldade de inseri-lo na ciência jurídica, pelo receio e medo de enfrentar aquilo que não conhecem e que não sabem adequadamente como tratar juridicamente. Porém, observa a autora, que a família é um fato, assim como os conflitos, e a afetividade contamina este fato, tanto no

⁵⁹ Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a chamada cláusula aberta de direitos fundamentais na CFB: “Para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo constituinte histórico, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II). [...] De acordo com a expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna – foi chancelada a existência de direitos decorrentes do regime e dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 112-113).

⁶⁰ RESENDE DE BARROS, Sérgio. A tutela constitucional do afeto. In: Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.881-889. RESENDE DE BARROS, Sérgio. O direito ao afeto. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

sentido positivo, como sinônimo de amor ou carinho, como no seu sentido negativo, como sinônimo de ódio ou descaso⁶¹.

Nesta perspectiva, sustenta que “a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade de realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que os envolva (de conjugalidade ou parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflitos”. Afirma que os juristas devem atentar para o fato de que o Direito de Família é um ramo distinto dos demais ramos do direito, por ter sua base fundamentadora na conjugação de vivências, característica distinta das demais relações jurídicas. O conceito de comunhão de vida é o que mais falta no universo do Direito de Família, já que ele corresponde ao elemento identificador e estruturador das relações familiares⁶².

Em oposição à teoria dominante brasileira, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal sustentam que o afeto apresenta relevante importância para a compreensão da pessoa humana, sendo fundamental compreender que deste poderão decorrer efeitos jurídicos, dos mais diversos possíveis. Ao afirmar que o afeto é a base fundamentadora do Direito de Família contemporâneo brasileiro, admite-se, que a família, poderá apresentar-se por tantas formas quantas possíveis de se relacionar, ou melhor dizendo, de expressar amor. Contudo, afirmam que o afeto é “elemento intrínseco às relações familiares, de grande relevo para as decisões judiciais nesse campo, porém insuscetível de ser entendido como valor jurídico exigível através do Poder Judiciário, sob pena de martirizar a própria essência espontânea”⁶³.

Neste sentido, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior, também apontam que a partir da promulgação da CFB a família recebeu especial proteção, na medida que se protege a pessoa em detrimento de demais situações que possam ocasionar sua instrumentalização. A família é “espaço de preservação e fomento das situações existenciais”, é “toda formação social que envolva ambiente propício ao livre desenvolvimento das pessoas que a constituem”, defendem que as

⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/18.pdf>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/18.pdf>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

⁶³ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, 54-55.

relações familiares são geralmente relações afetivas e que a família é tendencial a comunhão de afetos⁶⁴.

Aliás, a família poderá se formar muito além dos moldes da família nuclear composta por pai, mãe e filhos. A família poderá ser monoparental, poderá ser formada por uniões estáveis/de facto, por pares do mesmo sexo ou até por uniões plúrimas. Pois a família se caracteriza como um núcleo tendencialmente de afeto e de virtual perdurabilidade, diante da relevância social e publicidade do vínculo. Por isso se estiverem presentes estes requisitos, estaremos diante de uma relação jurídica familiar.

Nesta esteira, também Belmiro Pedro Welter argumenta que há de se desmistificar a ideia de que a família somente compreende o afeto, pois também está presente o desafeto, que corresponde à desunião, à guerra familiar, à ausência de solidariedade entre os membros, à ofensa física e verbal. O ser humano também possui um caráter não-familiar, pois ao mesmo tempo que é um ser de afeto, também é um ser de desafeto⁶⁵.

Portanto, entendemos que o afeto não pode ser considerado elemento essencial para a definição de uma relação jurídica familiar, é presumido, mas de difícil avaliação por se tratar de algo intrínseco do ser humano, não havendo como sustentar que não existe família sem afeto, pois este não é o pressuposto necessário para a validação das relações jurídicas familiares.

2.4 Afeto: princípio jurídico no Direito da Família?

Assente na perspectiva da doutrina majoritária brasileira de que o afeto é requisito essencial para a construção das relações familiares, muitos juristas defendem a existência e imperatividade de um pretenso princípio da afetividade na ordem jurídica brasileira, que deveria ser considerado o princípio norteador do Direito de Família. Contudo, na verdade o afeto é um valor para o Direito de Família, que não pode ser juridicamente exigível, conforme discorreremos a seguir.

⁶⁴ BARBOSA DE ALMEIDA, Renata, RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19-20.

⁶⁵ WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53-54.

2.4.1 O assim dito princípio da afetividade

Em defesa da existência de um princípio da afetividade, Paulo Lôbo afirma que se trata do princípio que fundamenta o Direito de Família brasileiro, baseado na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Este princípio teria sua base fundamentadora nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como nos princípios da convivência familiar e igualdade entres os cônjuges, companheiros e filhos, que expressam a natureza cultural da família, independente do vínculo biológico⁶⁶.

De acordo com os argumentos do autor, atualmente a família recuperou sua origem de: um grupo unido pelo afeto, vivendo em comunhão de vida. Argumenta que o princípio da afetividade encontra-se implícito na CFB, principalmente relevante no que diz respeito às seguintes questões: que todos os filhos são iguais perante a lei, independente da origem do vínculo de filiação⁶⁷; que a adoção, por se tratar de uma escolha afetiva, gera igualdade de direitos entre os filhos⁶⁸; que a comunidade formada por um dos pais e seus filhos é protegida constitucionalmente⁶⁹; e que a convivência familiar é assegurada com prioridade à criança e ao adolescente⁷⁰.

Romualdo Baptista dos Santos também defende que o princípio da afetividade tem fundamento no princípio da solidariedade, que deveria determinar a conduta humana e permear a aplicação do Direito. Mesmo que não se encontre expressamente indicado na CFB como princípio jurídico, a afetividade se demonstra como valor a ser preservado. Assente que a afetividade, por ser inerente ao ser humano, integra todas as suas condutas e ações, por isso deve ser um valor preservado juridicamente. Por isso o autor afirma que “a afetividade é um princípio

⁶⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70-73.

⁶⁷ Art. 227 §6º da CFB.

⁶⁸ Art. 227 §5º e 6º da CFB.

⁶⁹ Art. 226 §4º da CFB.

⁷⁰ Art. 227 da CFB.

⁷¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70-73. Maria Helena Diniz também assente a afetividade como princípio jurídico, pois a outra conclusão não se pode chegar como base no respeito à dignidade humana, que norteia as relações de família, e na solidariedade familiar (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24-28). Rolf Madaleno também defende a afetividade como princípio jurídico, eis que para ele o afeto é decorrente da liberdade de afeiçoar-se. É um valor supremo, é necessidade do ser humano. Diz que a tese do princípio da afetividade tem por base na igualdade de filiação, na maternidade e paternidade socioafetivas, na aplicação da legislação referente às técnicas de procriação medicamente assistida e na comunhão plena de vida, que somente é possível na presença do afeto, assim como na solidariedade familiar (MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 99).

jurídico, não somente por se encontrar subentendido no texto constitucional, mas porque permeia toda conduta jurídica e também é um valor jurídico a ser protegido”⁷².

Mas, discordamos dos posicionamentos apresentados, primeiramente porque não há como se falar em princípios da solidariedade, da convivência familiar e igualdade entre cônjuges e filhos, pois na verdade estes representam pressupostos ou valores a serem alcançados pela família, não havendo como verificar objetivamente a presença de tais pressupostos no âmbito familiar. E também porque não há como falar que o princípio da afetividade encontra-se implícito na CFB, pois é algo subjetivo ao ser humano. Como explicamos anteriormente, os comportamentos afetivos de que falamos e a busca por um ideal de família, baseado nestes pressupostos, muitas vezes refletem por atitudes éticas de seus membros, que não amam, mas agem como se amassem, praticando condutas condizentes com a afetividade.

Contudo, Paulo Lôbo afirma a afetividade pode ser compreendida nas relações jurídicas familiares do tipo vertical⁷³ como o poder/dever dos pais em relação aos filhos, e dos filhos em relação aos pais, em caráter permanente, que somente deixará de incidir pela ocasião da morte de um dos componentes da relação familiar, mesmo se não houver qualquer sentimento entre ambos. Se manifesta nas relações jurídicas familiares do tipo horizontal⁷⁴ enquanto houver a afetividade real, que une os indivíduos na intenção de constituir família, enquanto perdurar a vontade de permanecer em convivência, pois este é o pressuposto que tendencialmente efetiva a comunhão plena de vida. A concepção revolucionária da família pressupõe esta como uma comunhão de afetos, sendo que a afetividade, segundo este autor, é o único elo que deveria manter as pessoas unidas nas relações familiares⁷⁵.

Nesta esteira, Maria Berenice Dias afirma que embora a CFB não tenha previsto o afeto em seu texto constitucional, ao se reconhecer a união estável como entidade familiar e merecedora de tutela jurídica, significou dizer que a afetividade,

⁷² BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135-136.

⁷³ As relações jurídicas familiares do tipo vertical são aquelas compreendidas pelas relações de filiação.

⁷⁴ As relações jurídicas familiares de tipo horizontal são o casamento e a união de facto/estável.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70-73.

que mantém duas pessoas unidas, independente de qualquer ato formal, restou reconhecida e plenamente inserida na ordem jurídica brasileira⁷⁶.

Mas, como bem explicitaremos ao longo do trabalho, a inclusão da união estável no texto constitucional brasileiro se deu em virtude do reconhecimento de que o casamento e a união estável tem como preceitos a mesma comunhão de vida entre os cônjuges e companheiros, são institutos semelhantes, que somente diferem quanto ao seu modo de constituição. Nesta esteira, reconheceu-se a união estável como relação jurídica familiar, não pelo seu caráter afetivo, mas pela sua proximidade com o instituto do casamento.

Ainda, Maria Berenice Dias ainda diz que o afeto não decorre da biologia, mas sim deriva da convivência familiar, sem levar em conta os laços sanguíneos. Nesta medida, em que as relações de afeto passam a ser valorizadas, a função afetiva da família é acentuada. Argumenta que “na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”. Portanto, a autora nos diz que o princípio da afetividade é o princípio norteador do Direito de Família brasileiro⁷⁷.

Também o doutrinador brasileiro Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que o princípio da afetividade deveria ser considerado princípio implícito na ordem jurídica brasileira. Tal princípio poderia ser equiparado à prevalência do elemento afetivo nas relações familiares, podendo ser extraída a partir da interpretação sistemática e teleológica dos art. 226 §§3º e 6º⁷⁸ e art. 227, caput e §1º da CFB⁷⁹. O autor sustenta que este princípio é inserido no Direito de Família a partir da noção de estabilidade familiar e comunhão de vida⁸⁰.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 70-72.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 70-72.

⁷⁸ Estes artigos determinam que a família é a base da sociedade e merece proteção especial do Estado. Reconhecem a união estável equiparada ao casamento e o divórcio para a dissolução do casamento civil.

⁷⁹ Determina o art. 227 da CFB que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: [...]”.

⁸⁰ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Princípios constitucionais de Direito de Família: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008, P. 82-84.

Ainda em defesa da existência e da possibilidade jurídica do dito princípio da afetividade Ricardo Lucas Calderón argumenta que a valoração jurídica do afeto não assenta bases nos sentimentos, mas sim em ações que possam indicar ou não a existência do afeto, pois não se buscará averiguar a presença do afeto no nível pessoal mais íntimo. Este princípio possui duas facetas distintas, a primeira no que diz respeito às relações familiares, conjugais ou parentais, vinculando seus membros à prática de condutas compatíveis com a afetividade. E a segunda diz respeito à geração de um vínculo familiar a partir da existência do afeto, ou seja, a presença de um conjunto fático de afeto poderá configurar um vínculo familiar decorrente desta relação⁸¹.

Neste sentido, refere que o princípio da afetividade possui duas dimensões: a primeira objetiva, que diz respeito à fatos que deem indícios de afetividade; e a segunda subjetiva no que tange ao afeto no nível de sentimento propriamente dito. Contudo, a dimensão subjetiva escapa ao Direito, e será sempre presumida. Entretanto, restando comprovada a dimensão objetiva do princípio, será presumida a existência de sua dimensão subjetiva. Defende a existência de uma “afetividade jurídica”, que engloba atos de cuidado, subsistência, carinho, ajuda, comunhão de vida, suporte emocional e psíquico, entre outros fatores. Tal conjunto fático deverá ser concomitante à existência da estabilidade e ostentabilidade da relação familiar, indicando a existência da afetividade familiar, que será geradora de efeitos jurídicos⁸².

Mas, a partir da tese apresentada pelo autor, conjugamos com as palavras de Clóvis de Barros Filho, que afirma que aquele que não ama, mas pratica atos como se amasse, como é o caso dos atos de cuidado, subsistência, carinho, ajuda, comunhão de vida, suporte emocional e psíquico no âmbito familiar, pratica comportamentos denominados éticos⁸³. Portanto estes comportamentos não podem ser denominados de “afetividade jurídica”, porque não há nada de afetivo. Representam na verdade atos que uma pessoa praticaria se amasse, chamado comportamentos ético, pois não há como ir no íntimo desta pessoa e verificar se o sentimento é verdadeiro ou não.

⁸¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 400-402.

⁸² CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 402-403.

⁸³ BARROS FILHO, Clóvis de. Amor – Aula 6. Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sbghRVmjVXM>>. Acesso em 02 de jun. de 2017.

Em defesa do princípio da afetividade, também Rodrigo da Cunha Pereira diz que a partir do momento em que a família é desinstitucionalizada pelo Direito, que não é mais relevante como instituição, e que a dignidade da pessoa humana passa a ser o elemento norteador da ordem jurídica, valorizam-se os membros da família individualmente. Refere que “a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros”, por isso defende que diante desta mudança epistemológica, a ordem jurídica brasileira passa cada vez mais a aceitar o afeto como valor jurídico de suprema importância para o Direito de Família⁸⁴.

Outros autores brasileiros que corroboram a tese de que a afetividade é um princípio jurídico são Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao sustentar que os vínculos afetivos sempre devem ser levados em consideração nas decisões judiciais, pois nenhuma família é igual à outra, merecendo todas respeito. Pois segundo os autores “toda investigação científica do Direito de Família submete-se à força do princípio da afetividade, delineador dos *standards* legais típicos (e atípicos) de todos os institutos familiaristas”⁸⁵.

Por isso, julgamos pertinente apresentar as posições dominantes da doutrina brasileira, que aceitam que o princípio da afetividade é um imperativo no Direito de Família, com objetivo de desconstruir a presente tese, para demonstrar que na verdade o afeto se apresenta como um valor para a família. Pois o afeto não pode ser considerado princípio jurídico na medida em que não há como medi-lo dentro do âmbito familiar, ou muito menos obrigar alguém a sentir afeto por outra pessoa.

2.4.2 O afeto como valor para o Direito da Família

Em oposição à doutrina majoritária brasileira, os juristas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal sustentam que o afeto, embora de extrema relevância para o Direito de Família, é desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresenta voluntariamente. Argumentam que o afeto é elemento intrínseco das relações familiares, porém impossível atribuir valor jurídico a ser exigível pelo Poder Judiciário, sob pena ferir a sua própria essência espontânea. Por isso, afasta-se a

⁸⁴ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 212.

⁸⁵ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito Civil – vol. 6 Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106-107.

possibilidade de reconhecer o princípio da afetividade, pois se fosse considerado como tal estaríamos diante da possibilidade de exigibilidade, na medida em que todo princípio tem força normativa, obrigando e vinculando os sujeitos. Pois sempre havemos de considerar que o Direito não tem o condão de obrigar uma pessoa a dedicar afeto a outra. O afeto, embora relevante para as relações jurídicas familiares, não é vinculante e obrigatório, é na verdade um valor para a família e para o Direito de Família, e não um princípio jurídico⁸⁶.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior também sustentam que o afeto não possui natureza normativa, pois se apresenta como um caráter eventual dentro da família. Afirmam que, não há como atribuir a qualidade de princípio jurídico à afetividade, pois “imputar à afetividade tal predicado induz conferir à mesma característica imperativa”. Os princípios jurídicos são normas, e por isso de observância obrigatório, contudo o afeto é impossível de ser cobrado, porque é impossível obrigar alguém a sentir afeto por outra pessoa⁸⁷.

Pois, na medida em que o afeto é um sentimento entre indivíduos, é intrínseca sua característica espontânea, apresenta-se ou não naturalmente. “Isso impede que, ainda que se pretenda, se possa inferir sob o propósito de exigibilidade nas situações em que ele não se apresentar autonomamente. Insistir nisso é desvirtuar a virtude do afeto. Uma vez imposto não é sincero e, assim, não congrega as qualidades que lhe são próprias, dentre as quais o incentivo à sadia conformação da identidade pessoal dos envolvidos”, conforme afirmam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Rodrigues Junior. Defendem que a existência do afeto nas relações familiares é elemento fático e não jurídico, se apresenta como elemento constitutivo da família, oriundo de seu caráter espontâneo e da autonomia da vontade dos indivíduos. O caráter judicial que possa receber relaciona-se principalmente às consequências de sua presença nas relações familiares, que o afeto poderá gerar⁸⁸.

⁸⁶ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 54-55. Também os juristas brasileiros Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares Da Silva afirmam que a afetividade é um sentimento e não poderá ser um princípio para solucionar conflitos jurídicos (BARROS MONTEIRO, Washington de. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil: Direito de Família. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36).

⁸⁷ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 54-55.

⁸⁸ BARBOSA DE ALMEIDA, Renata, RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42-43.

Neste sentido, Dóris Ghilardi também aponta que não se pode negar que o afeto está presente na maioria das relações familiares, mas considerar a afetividade um princípio é como desvirtuar a natureza espontânea do afeto. Afirma que “por isso, colocá-lo no campo da axiologia, como algo que é bom e que se almeja, sem torna-lo obrigatório, parece mais adequado, sob pena de descaracterizar a sua condições de subjetividade”. Pois não existe maneira de tornar objetivo aquilo é subjetivo, assim como é o afeto. Não há, portanto, de se confundir a proteção e criação de ambientes propícios para o desenvolvimento da afetividade, com a obrigação de sentir afeto por alguém, isso significaria forjar a natureza do afeto. Por afim, afirma a autora que:

Por derradeiro, o afeto ao mesmo tempo em que é um valor inerente à condição humana, é matéria-prima que nutre as relações, os laços interpessoais. Por isso, desponta como uma nova ética a ser construída, baseada na solidariedade, na fraternidade, na dignidade da pessoa humana. A intenção de servir como fundamento e molde do Direito de Família contemporâneo é condizente com esta percepção, porém, não há como ignorar que a sociedade continua sendo materialista e que as aspirações são guiadas pelos ares da economia neoliberal, capazes de deturpar tudo que se mostre contrário aos seus interesses⁸⁹.

Partilhamos do entendimento de que o afeto não apresenta exigibilidade jurídica, pois embora seja um pressuposto das relações familiares, este não estará necessariamente presente, será sempre indisponível. Diante de seu caráter espontâneo não é possível sua exigibilidade jurídica, não havendo como sustentar a existência do dito princípio da afetividade. Pois o afeto é atributo voluntário na família, e deveria ser encarado como um valor para o Direito de Família. Portanto, embora a doutrina majoritária brasileira assente na existência do princípio da afetividade, entendemos não haver possibilidade jurídica inseri-lo como princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois o afeto é um sentimento humano, espontâneo e voluntário, não havendo como normatizá-lo.

2.5 Âmbito de intervenção do Estado no Direito de Família

Por tudo que discutimos até agora e pela análise do afeto e da família, faz-se necessário algumas ponderações sobre a família e o Estado, e qual o âmbito de

⁸⁹ GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 114.115.

intervenção do Estado no Direito de Família. Porque, na medida em que parte da doutrina brasileira entende ser imperativo e obrigatório o dito princípio da afetividade, demonstraremos que o afeto não poderá ser cobrado ou exigido, pois o Estado deve limitar seu âmbito de atuação nas relações de família, a fim de proteger seus membros e garantir sua plena liberdade de auto determinação e realização.

2.5.1 Direito de família: entre o público e o privado

Diante do questionamento que se faz sobre o âmbito de intervenção do Estado no Direito de Família é importante delinear-mos este ramo do direito, pois discute-se acerca de sua natureza pública ou privada.

Cristián Conen afirma que o reconhecimento da família como bem social pressupõe a família como bem pessoal, sendo esta uma realidade prioritária. Assente que a família é uma realidade social insubstituível, e não uma realidade meramente privada sujeita aos cuidados do Estado. O casamento e família não interessam para a sociedade, ou para o legislador, pois as relações de caráter afetivo se supõe, como é o caso da amizade, que não interessa ao direito. Ao Direito e ao Estado interessa a família como núcleo essencial da sociedade e do Estado, por isso cabe à este regular a família de acordo com sua estrutura social e sua função na sociedade, promovendo e facilitando sua realização⁹⁰.

Carlos Pamplona Corte-Real afirma que o Direito de Família parte da afirmação da autonomia pessoal de seus membros, geradora da convivência íntima entre os sujeitos que a compõe. Diz que nenhum ramo do Direito é mais livre e íntimo do que o Direito de Família, por isso trata-se de um ramo do direito privado, é o mais privado de todos os direitos, mesmo que o Estado, reconhecendo essa privacidade, deva proteger e tutelar⁹¹.

⁹⁰ CONEN, Cristián. ¿Es la familia una realidade de interés jurídico privado o publico? In: Direito e dignidade da família: do começo ao fim da vida. São Paulo: Almedina, 2012, p. 50-51.

⁹¹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Relance crítico sobre o Direito de Família português. In: Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho. Coord. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 108. Neste sentido Diogo Leite de Campos afirma que “a família transforma-se num espaço privado, de exercício da liberdade própria de cada um de seus membros, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente entendida e obtida. A ordem pública passa a ser vida como o resultado da interação dos cidadãos, e não das famílias. E, de qualquer maneira, a família deixa de ser ou, mas precisamente, deixa de poder ser utilizada, como um instrumento dessa ordem. O espaço familiar é um espaço privado” (LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 86).

Também Jorge Duarte Pinheiro traz à discussão a dicotomia público privada do Direito de Família. Assevera que, embora este ramo do direito possua normas adstritas ao Direito Penal, Fiscal, da Função Pública e da Segurança Social, estas são denominadas de “Direito não civil da Família”. Mas a discussão se dá na esfera do Direito de Família propriamente dito, daquelas normas que situam-se no CCP. As situações jurídicas familiares principais são qualificadas como deveres e não direitos, porque Estado intervém na sua constituição e extinção, e nas responsabilidades parentais. Refere que são injuntivas as normas que regulamentam os impedimentos matrimoniais, o estabelecimento da filiação e as responsabilidades parentais. Mas estas normas injuntivas são motivadas pelo interesse público, circunscritas pela autonomia privada daqueles que compõe a família, princípio este fundamental do Direito Privado⁹².

Contudo a intervenção do Estado no Direito de Família é indispensável em alguns casos, como por exemplo na celebração de casamento, na decretação do divórcio e para a constituição dos vínculos de adoções. Afirmo o autor, que embora se faça necessária a intervenção estatal em certos momentos da vida privada, o Direito de Família pertence ao Direito Privado, pois o critério que prepondera-se é da posições dos sujeitos. A família não é um ente público, pois os seus membros tem a liberdade de atuação entre si, independente de qualquer autoridade estatal⁹³.

Em consonância com a posição adotada, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira também dizem ser o Direito de Família um ramo do Direito Privado, levando em consideração os sujeitos da relação jurídica familiar, que neste caso possuem autonomia, não sendo possível a intervenção do Estado nem qualquer outra entidade de direito público nas relações familiares. A intervenção do Estado na constituição ou extinção das relações jurídicas familiares, como em outras hipóteses, não afasta o caráter privado⁹⁴.

⁹² DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 42-43.

⁹³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 43-44. Assim também afirma Antunes Varela que, embora no Direito de Família exista um predomínio de normas imperativas que independem da vontade dos particulares, este predomínio não o classifica como um ramo do direito público, pois o que determina o direito público é uma relação de subordinação, não se apresenta no Direito de Família, seja nas relações pessoais entre os cônjuges, entre os parentes ou nas relações de filiação (ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 65-67).

⁹⁴ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 144-145. Neste sentido também Castro Mendes afirma ser o Direito de Família um ramo do direito

No que diz respeito ao Direito de Família brasileiro, Maria Berenice Dias ressalta a concepção supraindividualista da família, por ter como finalidade a busca do superior interesse individual dos que compõe a família. Afirma que “não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre”⁹⁵.

Neste sentido, também Rolf Madaleno também aponta que o Direito de Família é um ramo do Direito Privado, pois embora possua preceitos de ordem pública, a família, por sua extrema importância para a sociedade, necessita da intervenção estatal de natureza institucional, visando a proteção dos direitos provenientes das relações familiares⁹⁶.

O Direito de Família é portanto ramo de Direito Privado, e é direito privado por excelência. Pois embora haja intervenção estatal em alguns institutos específicos, como é o caso da celebração do casamento, esta intervenção não retira sua natureza privada. Porque os membros da família possuem autonomia e liberdade para fazerem suas próprias escolhas pessoais no âmbito familiar. Dizemos que poderá ser lido com o mais privado de todos os direitos.

2.5.2 A mínima intervenção do Estado

A família sofreu grande influência e intervenção do Estado ao longo dos tempos. Para melhor compreensão da intervenção do Estado no âmbito familiar, é possível dividi-lo em duas fases históricas: Estado liberal e social.

O Estado liberal teve como principal característica a limitação do poder público e a não intervenção do Estado nas relações privadas e no poder econômico. Teve como ideal a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, contudo esta

privado, pois o que caracteriza uma relação de direito público é a autoridade política de um dos sujeitos, que diz respeito à toda sociedade. Já a mera autoridade familiar não poderá atribuir ao direito de família a qualificação como direito público, pois esta é despedida de autoridade política (CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Aafdl, 1990/1991, p. 21).

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35. Cristiano Chaves Faria e Nelson Rosenvald também afirmam que o Direito de Família deve ser enquadrado no âmbito do direito privado “por se tratar da mais particular de todas as relações que podem ser estabelecidas no âmbito da ciência jurídica. Aliás, não se pode imaginar uma relação jurídica mais privada do que esta. [...] destinando-se à tutela do ser, em seus múltiplos interesses morais e materiais” (CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 45).

⁹⁶ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 36. Também Paulo Lôbo assente na ideia de que o Direito de Família é genuinamente privado (LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45).

liberdade era voltada à aquisição, ao domínio e transmissão de propriedade. No domínio da família, que ainda era considerada como unidade de sustento, não houveram grandes codificações⁹⁷.

Já o Estado social, é caracterizado pela intervenção estatal nas relações privadas, com o objetivo de proteger os mais fracos, e também pela solidariedade social ou promoção da justiça social. A intervenção do Estado na família se dá na medida em que passa a ser considerada como um espaço de promoção da dignidade da pessoa humana. A família passa a ser destinataria de normas tutelares, que garantem a igualdade e liberdade de seus membros⁹⁸.

Rita Lobo Xavier acrescenta que, neste sentido, é possível identificar duas grandes transformações ocorridas na família, que levaram à “privatização” e “autorregulação” no âmbito familiar. Primeiro quanto à sua estrutura, que foi reduzida, restringindo-se praticamente atualmente aos cônjuges e aos filhos menores, sendo que neste âmbito as relações não são mais, tendencialmente, baseadas em autoridade e subordinação. A segunda mudança diz respeito às funções da família, que foi desfuncionalizada, com evidente redução das suas funções sociais⁹⁹.

As modificações descritas foram acompanhadas pelo Direito, sendo que em Portugal, principalmente a partir da Reforma do Código Civil de 1977, o Direito de Família reconheceu o estreitamento das entidades familiares e impulsionou mudanças em sua estrutura no que diz respeito à autoridade. Foram incorporados ao Direito de Família, os discursos de liberdade e direitos fundamentais, bem como as ideias de igualdade e autonomia. A autora cita como exemplo o reconhecimento das uniões de facto, com fundamento na liberdade de constituir relações familiares independente da forma, ou num direito de cada indivíduo organizar suas relações de família segundo sua própria vontade. Afirmar que “este tipo de discurso fortaleceu

⁹⁷ LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, nº 24, jun/jul 2004, p. 136-156.

⁹⁸ LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, nº 24, jun/jul 2004, p. 136-156. Neste sentido, Maria Berenice Dias afirma que “A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o rigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. Essa é uma característica do chamado Estado social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura indispensável em um Estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 36).

⁹⁹ LOBO XAVIER, Rita. Da crise à desregulamentação família. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 836-837.

igualmente uma argumentação favorável à ‘privatização’ das relações familiares, sobretudo da relação conjugal, e à aceitação de uma esfera de “autorregulamentação” destas relações”¹⁰⁰.

Porém Francisco Pereira Coelho refere que o movimento de deslegalização da família a compreende como relações de foro privado dos indivíduos, por esta razão o Estado deveria intervir o mínimo possível¹⁰¹.

Mas a hipótese de intervenção do Estado no âmbito familiar se dá pela busca de proteção ao mais fraco, que pode ser ao cônjuge mais fraco, ao determinar a prestação de alimentos ao cônjuge que necessitar e o destino da casa de morada da família em caso de divórcio. E também a proteção no âmbito do direito de filiação, representada pela proteção dos menores em perigo, quando um dos pais não cumprir os deveres parentais, ou até mesmo quando o Estado representa o menor, pela atuação do Ministério Público, em ações de investigação de paternidade ou maternidade, entre outras hipóteses cabíveis, de acordo com os arts. 69º e 70º da CRP¹⁰².

Nesta esteira, Luiz Edson Fachin acrescenta que no Brasil, a partir da promulgação da CFB ocorreu o que se chama de constitucionalização do direito civil, ao passo que, a pessoa humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico, ressignificando os institutos do direito civil à luz da dignidade da pessoa humana, e com isso, a repersonalização do Direito Privado. O foco jurídico deixa de ser o patrimônio para ser a pessoa concreta, sujeito de direito e de necessidades materiais e imateriais. Acrescenta que a família foi repensada através de um viés plural e aberto, como um espaço de autoconstituição existencial, não cabível ao Estado, nem à qualquer outra pessoa a definição desta autoconstituição¹⁰³.

¹⁰⁰ LOBO XAVIER, Rita. Da crise à desregulamentação família. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.836-837.

¹⁰¹ A lei permite a intervenção do juiz em caso de desacordo entre os cônjuges sobre a fixação ou alteração da residência da família (art. 1673º, nº 3 do CCP) ou se houver recusa do consentimento conjugal quando for legalmente exigido para a prática de determinado ato (art. 1684º, nº 3 do CCP), também em caso de desacordo sobre o nome próprio ou apelidos do filho menor (art. 1875º, nº 2 do CCP) ou quanto à questões de importância sobre o exercício do poder paternal (art. 1901º, nº 2 do CCP). Contudo, a regra geral é de que as questões referentes à orientação da vida em comum dos cônjuges e ao exercício do poder paternal não comportem solução jurídica, porque constituiriam, conforme afirma Francisco Pereira Coelho um espaço de *non droit* (PEREIRA COELHO, F. M. Casamento e família no direito português. In: Temas de Direito da Família. Coimbra: Almedina, 1986, p. 26-27).

¹⁰² PEREIRA COELHO, F. M. Casamento e família no direito português. In: Temas de Direito da Família. Coimbra: Almedina, 1986, p. 27-28.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. ANAIS VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2012, p. 161-163.

Ainda afirma o autor que a intervenção desmedida do Estado no âmbito da família, lugar onde ocorre o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, sugere garantir ampla liberdade aos indivíduos para se realizarem, em coexistência, no ambiente familiar. Sustenta que, ao mesmo tempo em que se faz necessário um “Estado ausente”, que permita que os cidadãos constituam suas relações livremente, faz-se necessário também, que alguns sujeitos sejam tutelados pelo Estado, aqueles que encontram-se vulneráveis ou desamparados. Diz que “intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade da pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais vulnerável devido às suas condições pessoais”. Por isso também é necessário um “Estado presente”, que intervém no ambiente familiar a fim de garantir o livre desenvolvimento da personalidade daqueles que necessitam¹⁰⁴.

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira refere que no Direito de Família brasileiro, por ser um ramo do direito privado, discute-se o princípio da mínima intervenção do Estado vinculado à autonomia privada dos indivíduos, indo além da questão patrimonial. No Brasil, a partir do advento da CFB o Direito Civil foi repensado à luz da dignidade da pessoa humana, como cerne das relações jurídicas, ampliou-se a aplicação da autonomia privada, sobretudo nas relações de família. Pois é dentro da família que seus membros ditam suas próprias regras, e à sociedade e ao Estado somente cabe reconhecer a entidade familiar como unidade e garantir sua proteção¹⁰⁵.

O autor afirma que o indivíduo passou à posição central na família e na sociedade, diante da maior valorização da pessoa que ocorre atualmente. A partir do movimento da personificação e despatrimonialização da família introduzido pela CFB, admitiu-se uma necessidade de impor limites à intervenção estatal no âmbito familiar. A valorização do sujeito de que se fala decorre justamente do princípio da dignidade da pessoa humana, mas não restando menos importantes as questões patrimoniais. Atualmente a família não mais admite a intervenção do Estado, principalmente no que diz respeito à intimidade de seus membros. O Estado deixa de ser protetor-opressor da família, para assumir o papel de protetor-provedor-assistencialista, na medida em que não ocorre uma total ingerência do Estado na

¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. ANAIS VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2012, p.164.

¹⁰⁵ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 178-179.

família, mas sim, em alguns casos, atua até em substituição a eventual lacuna conferida à família, como por exemplo nos casos das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil em que não existe legislação em vigor¹⁰⁶. Neste sentido, assente o autor que:

A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. [...] ficou claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e o Estado. [...] conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado¹⁰⁷.

Nesta esteira, Leonardo Barreto Moreira Alves refere o princípio da mínima intervenção do Estado no Direito de Família e no âmbito da própria família, determina que o Estado somente deverá interferir na família de forma excepcional, em situações extremas, como *ultima ratio*, devendo sempre prevalecer a liberdade dos indivíduos que integram o núcleo familiar. Assente que atualmente identifica-se um Direito de Família Mínimo, onde impera a autonomia privada dos indivíduos, porque somente assim será possível garantir a efetivação de seus direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Portanto, nesta hipótese o Estado somente interfere no âmbito familiar a fim de promover os direitos fundamentais de seus membros, a saber: a dignidade, igualdade, liberdade, solidariedade, entre outros. E visando sempre permitir o livre exercício da autonomia privada dos cidadãos, bem como o desenvolvimento de sua personalidade, na busca para alcançar sua felicidade e na preservação dos núcleos familiares¹⁰⁸.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também afirmam que a família se apresenta como a mais pura relação jurídica privada, submetida ao exercício da autonomia privada de seus membros. Representa a afirmação da autonomia privada como fundamento do Direito Civil, com o reconhecimento da liberdade de atuação do indivíduo nas relações privadas. Portanto, cabe ao Estado somente intervir nas reações de família a fim de garantir as mínimas condições fundamentais. Ao Estado cabe garantir a existência do “espaço de autodeterminação

¹⁰⁶ O casamento entre pessoas do mesmo sexo será abordado no tópico 4.1.3.

¹⁰⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 85-86.

¹⁰⁸ MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144-145.

afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamento”¹⁰⁹.

Neste sentido, a jurista brasileira Dóris Ghilardi também afirma que prevalece atualmente a mínima intervenção do Estado no âmbito do Direito de Família. Assente na ideia de que ao Estado somente cabe intervir na família a fim de proteger seus membros, e não em assuntos de ordem pessoal, visando preservar a intimidade de seus membros. Na verdade, o Estado possui interesse de intervenção na família pois dela depende para sua própria existência, porque é ela que une as pessoas à sociedade e possui consequências na esfera estatal¹¹⁰.

O CCB introduziu a norma do art. 1513 que dispõe ser “defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, corroborando com a ideia da mínima intervenção estatal. Este dispositivo legal consagra o princípio da mínima intervenção estatal no Direito de Família, não autorizando o Estado, ou qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, interferir no âmbito familiar. A proteção à privacidade familiar é máxima, somente permitindo-se exceções em virtude da proteção de direitos fundamentais dos indivíduos, desde que expressamente previsto em lei. Pois a liberdade afetiva, ou a comunhão plena de vida, é o que deve prevalecer¹¹¹.

Portanto, ao Direito de Família, por fazer parte do direito privado, aplica-se o princípio da autonomia da vontade e pressuposto da mínima intervenção do Estado, ou seja, o Estado somente tem o condão de intervir no âmbito da família quando se verificar necessário, na busca da garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e para proteção dos vulneráveis. O Estado não poderá intervir no âmbito da livre manifestação de vontade e liberdade dos componentes do grupo familiar, pois esta é garantida à todos os indivíduos.

¹⁰⁹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 46-47.

¹¹⁰ GHILARDI, Dóris. Economia do afeto: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 104-105.

¹¹¹ MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 147-148.

2.5.3 Afeto e Direito: a teoria do “*non droit*”

Uma possível ligação entre o afeto e o Direito de Família parece utópica, conforme afirma Jorge Duarte Pinheiro, pois o afeto constitui o íntimo da pessoa, enquanto o Direito tem por objeto regular o mundo externo, a vida em sociedade. Contudo, afirma existirem algumas ligações entre sentimento e Direito em diversos setores dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, cita como exemplo o Direito Penal, que pondera os sentimentos na tipificação de um crime, como é o caso do homicídio doloso, em que o agente encontra-se “dominado por compreensível emoção violenta”¹¹². É certo que “o sentimento enquanto facto psíquico puro não interessa o direito”¹¹³, mas, na sequência de uma exteriorização, o sentimento torna-se acessível ao Direito”. E diríamos que mais especificamente ao Direito de Família¹¹⁴.

Neste sentido, assente que quando um ato tem motivação emocional adquire relevância social, e a ordem jurídica, tem o dever de intervir. “Não procede, portanto, a ideia de que o Direito esteja absolutamente inibido de intervir na área do sentimento, por força de uma limitação de cariz técnico”¹¹⁵.

Nesta esteira, ainda Jorge Duarte Pinheiro questiona o seguinte: “Será constitucionalmente admissível estatuir efeitos jurídicos para o afecto ou para a ausência de afecto? Pode o Direito, directa ou indirectamente, forçar alguém a amar ou deixar de amar?”. Seria juridicamente admissível, portanto ao Direito exigir a que um dos cônjuges comportasse como se amasse o outro?”¹¹⁶.

Ao longo do século XIX, a percepção da essência não patrimonial da família fez a Escola Histórica “promulgar a inclusão da maior parte das relações de família

¹¹² Conforme determinam os arts. 496º do CCP e 186 e 927 do CCB

¹¹³ FALZEA, apud DUARTE PINHEIRO, Jorge. Afecto e justiça no caso concreto no Direito da Família: “utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberra para o caos?”. In: Estudos de Direito da Família e da Criança. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 317.

¹¹⁴ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Afecto e justiça no caso concreto no Direito da Família: “utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberra para o caos?”. In: Estudos de Direito da Família e da Criança. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 317.

¹¹⁵ ALPA apud DUARTE PINHEIRO, Jorge. Afecto e justiça no caso concreto no Direito da Família: “utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberra para o caos?”. In: Estudos de Direito da Família e da Criança. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 317. Respondendo à este questionamento, Clóvis de Barros Filho diz que quando uma pessoa se comporta como se amasse, mas na verdade não ama, ela pratica um comportamento ético (BARROS FILHO, Clóvis de. Amor – Aula 6. Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sbghRVmjVXM>>. Acesso em 02 de jun. de 2017).

¹¹⁶ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Afecto e justiça no caso concreto no Direito da Família: “utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberra para o caos?”. In: Estudos de Direito da Família e da Criança. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 317.

num domínio diferente da do Direito (estatal)". Dessa forma conclui-se que os bens são externos aos indivíduos, enquanto as "famílias contêm o embrião do Estado" e tem como objetivo completar o indivíduo. Sendo assim, conforme afirma Jorge Duarte Pinheiro "os bens pertencem totalmente ao domínio do direito positivo, enquanto a família, aproximando-se muito dos direitos que estão à margem do direito positivo (os chamados direitos originários)". Ainda diz que o "poder da vontade", que corresponde ao direito subjetivo, abarca três diferentes dimensões: a primeira correspondente ao "eu primitivo", trata-se do direito originário, situado fora do alcance do direito positivo; o segundo seria o "eu ampliado pela família", que encontre-se em parte sujeito ao direito positivo, contudo, a sua parte mais importante não é alcançada pelo direito; e o terceiro que é o chamado "mundo exterior", que faz parte do direito positivo, garantindo conteúdo ao direito dos bens, subdivido entre direito das coisas e direito das obrigações¹¹⁷.

As entidades familiares são compostas por três relações importantes: o casamento, o poder parental e o parentesco, todas classificadas como relações naturais, sendo consideradas realidades "necessárias" dos indivíduos e "independentes do direito positivo"¹¹⁸.

Nesta esteira, o jurista italiano Jemolo discorre que a família "não pode ser reduzida a uma construção jurídica, nem a uma célula política, nem a uma estrutura econômica", pois a família diz respeito aos "affectos", "diz mais respeito ao coração do que à razão", é "o lado afectivo é o que mais conta na vida". Foi este autor que proferiu a famosa frase: "a família aparece sempre como uma ilha que o mar do Direito pode tocar, mas apenas tocar"; "a sua íntima essência permanece metajurídica"; "a família é a rocha sobre a onda e o granito que forma sua base pertence ao mundo dos affectos, dos institutos primordiais, à moral, à religião, e não ao mundo do Direito"¹¹⁹.

Sendo assim, a teoria do *non droit* é uma figura trazida pela Sociologia Jurídica, que reconhece que "o direito não ocupa toda a atmosfera humana, que há,

¹¹⁷ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p.366

¹¹⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 367.

¹¹⁹ JEMOLO, apud DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 368-369.

nas sociedades, vácuos de Direito”¹²⁰. Jean Carbonnier explica que existem na vida uma série de coisas que não são alcançadas pelo Direito, porque o Direito é “uma espuma na superfície da sociedade”. Pois a lei não preenche toda a atmosfera da vida humana, existe na sociedade um “vazio de Direito”, sendo esta a hipótese de incidência do *non droit*. É um vácuo, uma ausência, uma “ilha fora da lei”, na medida em que neste ponto se tem um abandono de Direito¹²¹.

Jean Carbonnier ainda refere que a retirada do Direito se faz por dois mecanismos distintos, divididos em duas classes diferentes: o *non droit* como dado social ou o *non droit* como escolha individual. A escolha individual é dividida em duas categorias: a escolha difusa e a orgânica. A escolha difusa é a liberdade de decisão do indivíduo, se opta por inserir a situação legalmente ou se opta pelo *non droit*. O Direito de Família é o maior exemplo deste tipo de escolha, pois na vivência diária os indivíduos vivem, na maioria do tempo, sem a incidência da lei, praticam a lei somente quando necessário, vivem como se não houvesse lei, porque o *non droit* é a essência, enquanto o Direito é a exceção. Quanto à escolha orgânica explica que é definitiva, posto que o indivíduo escolhe o *non droit* para sempre e abandona o Direito, como cita como exemplo as amizades, que são as situações de fato não abarcadas pelo Direito¹²².

O Direito de Família, conforme nos ensina Jorge Duarte Pinheiro é “justamente a área por excelência do *non droit* enquanto escolha individual difusa”, porque as relações jurídicas familiares, para serem harmoniosas, precisam estar apoiadas por relações tendencialmente de afeto entre seus membros. O jurista apresenta uma conclusão que julga discutível, de que “representa-se o casamento e outras instituições do Direito da Família como compostos de Direito e de costume, de Direito e de moral, de Direito e de afeição, de Direito e de amor”¹²³.

Neste sentido, Jean Carbonnier afirma que em um casamento poderão existir longos dias de *non droit* e alguns instantes de Direito, o *non droit* representa a essência, enquanto o Direito o acidente. “O Direito apenas entra em cena quando é chamado pela vontade expressa de pelo menos um dos interessados, ao passo que

¹²⁰ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 370-371.

¹²¹ CARBONNIER, Jean. Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10^a ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 24-28.

¹²² CARBONNIER, apud DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 372.

¹²³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 372.

a sua vontade implícita é suficiente para manter à parte”, ou seja, o Direito está presente nas relações jurídicas familiares de tipo horizontal, mas somente se tornará visível mediante a vontade das partes¹²⁴.

2.6 A “obrigação de afeto”

Ao questionar a possibilidade jurídica de exigir a afetividade como obrigação, estaremos nos referindo ao dever de prestar afeto. Ou seja, seria viável que o Direito obrigasse uma pessoa a gostar ou sentir afeto por outra?

Neste ponto encontramos um verdadeiro impasse, pois a afetividade é o conjunto dos afetos do indivíduo, mas também é o fator estruturante para o desenvolvimento de sua personalidade, e ao Direito cabe preservar o livre desenvolvimento da personalidade. Mas, por outro lado, o afeto, por não depender da vontade, é impossível de ser exigido juridicamente¹²⁵.

Neste sentido, destacamos que a psicologia é a ciência que estuda o ser, enquanto o Direito é a ciência que se ocupa do dever-ser. A Psicologia compreende o afeto como os processos interiores da personalidade, cuja representação independe da vontade, e ao Direito cabe regular os comportamentos, qualificados pela vontade. Assim, Romualdo Baptista dos Santos afirma que “a Psicologia diz o que é afetividade e que a mesma é estruturante da personalidade, cabendo ao Direito dar sentido a essas afirmações, reconhecendo a afetividade como um valor jurídico e determinando a sua realização na vida em sociedade”¹²⁶.

Pois bem, o que ocorre é que o Direito não poderá exigir a prestação de afetos, pois estes são processos interiores de cada indivíduo e não dependem de vontade. Mas o Direito poderá exigir a prestação de certos comportamentos de quem se mostra afetivo por outro, mesmo não sendo este o real estado afetivo do agente, pois os comportamentos, diferente do afeto, são baseados na vontade. Ao Direito não importa qual o estado afetivo da pessoa, mas sim se determinado

¹²⁴ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10^a ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 35.

¹²⁵ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. *A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 117.

¹²⁶ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. *A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 116-119.

comportamento cumpre uma necessidade posta como valor jurídico¹²⁷, como por exemplo o dever de prestar alimentos entre os cônjuges.

Na medida em que as pessoas podem manifestar comportamentos contrários ao seu estado afetivo, com o objetivo de alcançar determinada finalidade, estes comportamentos são denominados de pró-afetivos, conforme afirma Romualdo Baptista dos Santos, são os “comportamentos que visam a manutenção de determinados relacionamentos, ou seja, se destinam a promover o surgimento, o desenvolvimento e a manutenção dos laços afetivos”¹²⁸.

O Direito ao impor uma obrigação não se preocupa se esta está de acordo com o estado afetivo do agente, pois o que importa necessariamente é a sua conduta. Ao Direito não é possível exigir o afeto, mas é possível exigir a prestação de condutas que tendencialmente expressarão o surgimento do afeto. Em suma, poderá o Direito exigir a prestação dos chamados comportamentos pró-afetivos, mesmo que estes não correspondam ao estado afetivo, ou que até mesmo que sejam contrários, do agente¹²⁹.

Neste sentido, também Ricardo Lucas Calderón faz uma distinção entre duas dimensões distintas da afetividade: uma objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva é aquela que se encontra restrita ao psíquico de cada pessoa, representada pelo sentimento de afeto, que não interessaria ao Direito. E a dimensão subjetiva, que envolve atos concretos que permitem constatar afetividade. Ou seja, para o autor o Direito não regula os sentimentos, mas sim valora os fatos representativos, sendo estes relevantes para o ordenamento jurídico¹³⁰, como por exemplo quando os cônjuges manifestam a vontade de casar-se perante o Estado, é um ato representativo de afetividade, mas não poderá o Direito abarcar para determinar se existe verdadeiramente afeto entre os cônjuges.

Contrário à esta denominação de comportamentos “pró-afetivos”, Clóvis de Barros Filho afirma que os comportamentos praticados por uma pessoa que não

¹²⁷ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119-120.

¹²⁸ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121-122.

¹²⁹ BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 125.

¹³⁰ CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 321-322.

ama, mas age como se amasse serão denominados comportamentos éticos¹³¹. Sendo que ao Direito não será possível exigir estes comportamentos, por serem inerentes e subjetivos ao ser humano.

Portanto, diante do questionamento da obrigação jurídica de afeto, poderemos concluir que, por ser o afeto involuntário e íntimo de cada indivíduo, é impossível de ser alcançado pelo Direito, por isso não poderá traduzir uma obrigação jurídica. Primeiramente porque o Estado deverá agir em consonância com o princípio da mínima intervenção estatal no Direito de Família, sendo vedado exigir comportamentos afetivos de uma pessoa por outra. E também porque o afeto está numa zona abarcada pelo *non droit*, ou seja, trata-se de uma zona em que o Direito não poderá exercer qualquer influência, o âmbito dos sentimentos do ser humano. Por isso não existe possibilidade jurídica de se falar, ou cogitar uma possível “obrigação de afeto”.

¹³¹ BARROS FILHO, Clóvis de. Amor – Aula 6. Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sbghRVmjVXM>>. Acesso em 02 de jun. de 2017.

3. A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA: O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTOS ESTRUTURANTES

Diante da problemática apresentada, concluímos que o afeto não é elemento determinante de uma relação jurídica familiar, mas sim possui caráter tendencial dentro da família. Portanto, diante desta ponderação, observamos que os elementos determinantes para a construção e estruturação das relações jurídicas familiares de tipo horizontal, que são objeto do presente trabalho, são o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade. Por isso mostra-se relevante o estudo destes institutos, bem como sua intersecção com o Direito de Família.

3.1 O direito fundamental de constituir família: liberdade de escolha

A família e o casamento são instituições que precedem o Estado, ambas não foram inventadas pela espécie humana, mas sim são inerentes à esta. Mas a família ainda precede ao casamento, porque algumas formas de famílias, dentro de tribos, sem relações de conjugalidade, já existem desde os primórdios em toda a humanidade¹³².

A família representa um grupo social que inclui mais pessoas do que aqueles que formam o casamento, ou seja, o casamento pode ou não coincidir com a existência da família. E mesmo sendo a família uma instituição primária não se exclui o fato de que existe ou existiu sob as mais variadas formas possíveis¹³³.

Em breves linhas de considerações sobre a evolução histórica das famílias podemos assinalar algumas mudanças fundamentais em termos estruturais. A família atualmente perdeu seu papel político, que foi progressivamente assumido pelo Estado. Esta mudança aconteceu na medida em que se extinguiu a autoridade patriarcal sobre a tribo, na chamada *gens* romana, ou sobre os membros da família, com o chamado *paterfamilias* romano. A família atravessou o regime feudal e se

¹³² GLENDON, Mary Ann. State, law and Family: Family law in transition in the United States and Wester Europe. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1977, p. 3-4.

¹³³ GLENDON, Mary Ann. State, law and Family: Family law in transition in the United States and Wester Europe. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1977, p. 3-4.

consolidou com a extinção dos privilégios da nobreza, a partir da instauração dos regimes liberais¹³⁴.

Outra mudança importante na estrutura da família ocorreu pela diminuição do seu papel económico, que deixou de ser unidade de produção, agrária, artesanal ou comercial, para se tornar unidade de sustento, consumo e poupança, subsidiada pelos salários recebidos por seus membros, principalmente em virtude da industrialização crescente. Também podemos citar a diminuição da função assistencial da família e papel na socialização dos filhos, diante da criação dos sistemas de segurança social estatal e pelo papel do Estado no dever de escolarização dos filhos, que antes era privado da família¹³⁵.

Por fim, e pelo que julgamos mais importante, a família patriarcal e hierarquizada foi substituída pela família democrática e igualitária, pela diminuição do papel concedido ao homem e pela igualdade garantida ao homem e à mulher. Assim como também o modelo nuclear, formado pelo pai, a mãe e os filhos biológicos, perdeu o carácter exclusivo de constituição familiar, garantindo espaço a novas formas de família, como as famílias monoparentais ou recompostas, e as formadas por uniões de facto/estáveis¹³⁶.

Atualmente a CRP garante especial proteção à família em seus arts. 36º e 67º. O art. 36º garante o livre direito de constituir família e contrair casamento em plenas condições de igualdade. E o art. 67º nº 1 da CRP determina a família como “elemento estrutural da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de seus membros”.

Ou seja, a CRP dedicou especial atenção à família e ao casamento, não somente como direitos fundamentais, mas também como garantias fundamentais e elementos estruturantes da sociedade¹³⁷.

¹³⁴ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apontamentos sobre a família e o direito. In: A família e o direito: 30 anos da exortação apostólica *familiaris consortio*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2013, p. 43.

¹³⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apontamentos sobre a família e o direito. In: A família e o direito: 30 anos da exortação apostólica *familiaris consortio*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2013, p. 43.

¹³⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apontamentos sobre a família e o direito. In: A família e o direito: 30 anos da exortação apostólica *familiaris consortio*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2013, p. 43.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 807.

Neste sentido, apontam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira que o preceito constitucional contido no art. 67º da CRP reconhece a família, enquanto instituição, “como titular de um direito fundamental, se bem que o que esteja em causa seja realização pessoal de seus membros”. Afirmam que a família, enquanto realidade social objetiva é uma instituição jurídica necessária. Pois, como elemento fundamental da sociedade, é “uma categoria existencial, um fenómeno da vida, e não uma criação jurídica”¹³⁸.

Assim, afirmam os autores que “não existe um conceito de família constitucionalmente definido”, trata-se de um conceito relativamente aberto, e sua “densificação” comporta certa elasticidade. A exemplo do art. 36º nº 1 da CRP, que demonstra que o conceito de família não está estritamente vinculado ao casamento, havendo possibilidade de existir sem este, como é o caso das uniões de facto, que deverão ser consideradas relações de família. Este conceito abrange a típica família nuclear, mas não exclui outras realidades, mais amplas, como a chamada família alargada, que conjuga outros parentes, como ascendentes e irmãos, ou as famílias mais restritas, como por exemplo as famílias monoparentais¹³⁹.

Portanto, afirmam Jorge Miranda e Rui Medeiros que a família poderá ser compreendida “como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada família conjugal”. Porque a CRP demonstra abertura para identificar um conceito mais alargado de família¹⁴⁰.

Assim também assente David Duarte ao afirmar que a CRP não faz coincidir a família com o casamento, e que as entidades familiares quanto à sua constituição, apresentam “apenas potencial e parcialmente ligado ao matrimônio”. Pois a sociedade familiar, a nível constitucional, é um conceito aberto, que compreende várias realidades¹⁴¹.

Sendo assim, pela interpretação da CRP podemos concluir que o âmbito da família deve ser considerado alargado, portanto plenamente inseríveis no ordenamento jurídico português, outras relações jurídicas familiares, que não somente a família fundada no casamento. Neste sentido, devem serem

¹³⁸ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 856.

¹³⁹ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 856-857.

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 808 e 1360.

¹⁴¹ DUARTE, David José Peixoto. Perspectivas constitucionais da família. In: Traços da família portuguesa. Direcção-Geral da Família, 1994. p. 94-95.

consideradas relações jurídicas familiares também as uniões de facto, as famílias monoparentais e reconstituídas, entre outras relações familiares. Porque, como afirmamos anteriormente a família deve ser caracterizada como um núcleo de tendencial afetividade e virtual perdurabilidade, pela relevância social e publicidade do vínculo, podendo compreender outras situações, além do casamento.

Também no Brasil a CFB garante proteção constitucional à família em seu art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e também protegeu constitucionalmente a família formada pelo casamento, pela união estável e as famílias monoparentais no art. 226 § 3º e 4º.

Por isso que, o artigo em questão, pela pluralidade que traduz, é uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Pois o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que determinarão os tipos de relações jurídicas familiares que merecem ser legalmente protegidas. Neste sentido, conforme afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula de inclusão constitucional”¹⁴².

Por isso, todas as entidades familiares, que pressupõem o tendencial afeto entre seus membros e uma virtual perdurabilidade de vínculo, sendo este vínculo de relevância social e público, deverão ser protegidas pela interpretação da CFB.

A CFB apresentou um marco fundamental no Direito de Família brasileiro, garantindo a democratização da família, na medida em que estabeleceu a igualdade entre os entes familiares e entre os diversos arranjos familiares possíveis e existentes na sociedade. Ao considerar a família como base da sociedade em seu art. 226, de uma sociedade que a própria Constituição define como democrática, afirma a democratização da família¹⁴³.

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes explica que a democracia traz consigo os ideais de igualdade e a rejeição de qualquer forma de discriminação e preconceito. Diz respeito à liberdade, ao pluralismo e à solidariedade. Afirma que “ela se refere, enfim, a um amplo espectro de perspectivas e estilos de vida, interligando os diferentes grupos sociais em direção à coexistência pacífica e a uma respeitosa integração”. Porque a tendência da família contemporânea é a busca por

¹⁴² CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 72-73.

¹⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Família Democrática. In: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.

um ideal menos organizado, sem hierarquia e independente de laços biológicos. A família democrática representa, por excelência, o respeito pela dignidade de seus membros¹⁴⁴.

A CFB instituiu a família como instrumento, na medida em que protegeu seus membros. Representa a busca de um ambiente adequado para o desenvolvimento da personalidade, de autonomia e liberdade dos indivíduos que compõe a relação familiar. Por isso, não existe possibilidade de negar existência jurídica à outras formas de família que não encontram previsão constitucional, como por exemplo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A admissibilidade é obrigatória na medida em que é proibida qualquer forma de discriminação, principalmente no que diz respeito à orientação sexual¹⁴⁵.

Sendo assim, podemos afirmar um direito fundamental de constituir família nas constituições de Portugal e do Brasil. Podemos afirmar também que diante da análise dos preceitos constitucionais em questão a família é atualmente uma escolha do indivíduo, não se excluindo da tutela constitucional qualquer forma de constituição familiar.

Por isso que se fala que, diante do direito fundamental de constituir família em plenas condições de igualdade, os indivíduos possuem a liberdade de escolha para formar as relações jurídicas familiares como quiserem, seja pelo casamento, pela união de facto/estável ou pela união de casais do mesmo sexo.

3.1.1 As famílias e a perspectiva portuguesa: análise do art. 1576º do CCP

Mesmo diante do direito fundamental de constituir família garantido pela CRP e pela sua interpretação alargada para incluir novas formas de família, que não só as fundadas no casamento, o legislador ordinário estabeleceu no CCP em seu art. 1576º que “são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”.

¹⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Família Democrática. In: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.

¹⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Família Democrática. In: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.

A doutrina dominante portuguesa¹⁴⁶ entende que este enunciado legal é taxativo, não havendo outras relações jurídicas familiares além das legalmente mencionadas, sendo que todas as outras deveriam ser interpretadas como relações parafamiliares¹⁴⁷.

No entanto este entendimento não deve mais ser considerado absoluto. Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro afirma que, em consonância com a Teoria Geral do Direito, o art. 1576º CCP não apresenta rol taxativo determinando as relações familiares. Pois “não favorecem a ideia de que o enunciado é fechado só porque foi elaborado por um legislador que não recorreu a expressões que revelasse o caráter exemplificativo do mesmo (v.g., são fontes das relações jurídicas familiares, entre outras o casamento, etc.)”¹⁴⁸.

Conforme explica Carlos Pamplona Corte-Real, a interpretação do art. 1576º do CCP deve ser no sentido de que se trata de uma “tipologia delimitativa, permissiva da chamada analogia *juris* na detecção de outros vínculos familiares”¹⁴⁹.

Portanto o elenco das relações jurídicas familiares apresentadas no art. 1576º do CCP deve ser considerado alargado, na medida em que poderão ser relações jurídicas familiares outras além das legalmente nominadas, como por exemplo a união de facto.

Sendo assim, pela correta interpretação da CRP, não há como falar em taxatividade de relações jurídicas familiares. Porque a ordem constitucional pressupõe uma interpretação alargada, sendo inseríveis neste âmbito toda e qualquer relação jurídica familiar que compreenda o conjunto de características

¹⁴⁶ Este é o entendimento de João de Castro Mendes (CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Afdl, 1990/1991), Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 33), Antunes Varela (ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 3ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 31) e Marta Falcão, Miguel Dinis Pestana Serra e Sérgio Tenreiro Tomás (FALCÃO, Marta; PESTANA SERRA, Miguel Dinis; TENREIRO TOMÁS, Sérgio. Direito da Família: da teoria à prática. Coimbra: Almedina, 2016, p. 21).

¹⁴⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira afirmam que são relações parafamiliares aquelas que não encontram-se tipificadas no art. 1576º do CCP, mas mesmo não sendo relações propriamente de família, são conexas com estas, encontram-se equiparadas às relações jurídicas familiares em determinados efeitos ou são condições de que dependem, em alguns casos, os efeitos que a lei garante à relação conjugal ou de parentesco, afinidade e adoção. (PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 51).

¹⁴⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 57

¹⁴⁹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. O conceito de família e as famílias no direito português. In: Atas da conferência Famílias no plural: alargar o conceito, alargar o preconceito. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. p. 155-156.

comuns, quais sejam: a virtual perdurabilidade (no que diz respeito ao casamento é presumivelmente perdurável, podendo dissolver-se pelo divórcio) e a inerente e presumível afetividade, baseada nesta virtual perdurabilidade do vínculo, diante de um ato constitutivo socialmente relevante¹⁵⁰.

3.1.2 As famílias democráticas e plurais: o modelo brasileiro

Pela interpretação da CFB, com base no direito fundamental de constituir família, podemos afirmar um modelo democrático e plural brasileiro de família, que pressupõe uma pluralidade de arranjos familiares possíveis, na medida em que nenhuma família deverá ter hierarquia superior, pois todas representam o mesmo potencial de desenvolver suas funções, como cuidado, educação e solidariedade¹⁵¹.

Nesta esteira, Paulo Lôbo refere que são muitos os tipos de organizações familiares pela interpretação da CFB, além daquelas estabelecidas constitucionalmente. A tipicidade das relações familiares é aberta, compreendendo, entre outras, as seguintes situações: a) um casal heterossexual casado e os filhos biológicos (a chamada família nuclear); b) um casal heterossexual casado e os filhos biológicos e adotivos, ou somente adotivos; c) um casal heterossexual vivendo em união estável com os filhos biológicos; d) um casal heterossexual vivendo em união estável com os filhos biológicos e adotivos, ou somente adotivos; e) comunidade monoparental, formada pela mãe ou pai e os filhos biológicos; f) comunidade monoparental formada pela mãe ou pai e os filhos biológicos ou adotivos, ou somente adotivos; g) comunidade formada por parentes, sem pai ou mãe; h) comunidade de pessoas sem parentesco que vivam juntas permanentemente, unidas pelos laços de afetividade, sem caráter sexual ou econômico; i) uniões de pessoas do mesmo sexo; j) união concubinária, na existência de impedimentos para o matrimônio, de um ou ambos componentes, com ou sem filhos; l) comunidade

¹⁵⁰ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. O conceito de família e as famílias no direito português. In: Atas da conferência Famílias no plural: alargar o conceito, alargar o preconceito. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. p. 155-156.

¹⁵¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Família Democrática. In: ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.

composta com os chamados “filhos de criação”, sem laços biológicos ou adoção regular¹⁵².

Contudo, na ordem constitucional brasileira encontram-se apenas tuteladas as hipóteses mencionadas de a) a f), o casamento, a união estável e a família monoparental. Portanto, resta saber se as demais hipóteses encontram guarida para sua proteção jurídica no sistema jurídico brasileiro¹⁵³.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal argumentam que para analisar esta questão deve-se levar em conta o preâmbulo constitucional da CFB, que traduz o compromisso de assegurar os princípios e garantias fundamentais e sociais dos cidadãos, sendo que todo texto constitucional deve ser interpretado à luz dos princípios da liberdade e da igualdade, tendo sempre como “pano de fundo” o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵⁴.

Por isso, referem que o art. 226 da CFB deve ser interpretado como não taxativo, na medida em que se busca proteger outras entidades familiares que não tipificadas, garantindo sua proteção. Porque afastar a proteção jurídica à uma família que não encontra tipificação constitucional, é ir contra os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além de se tratar de uma discriminação à opção familiar de qualquer indivíduo¹⁵⁵.

Neste plano, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta a existência de um princípio da pluralidade das formas de família na ordem jurídica brasileira, porque o art. 226 da CFB garantiu proteção constitucional à todas as formas de família, independente de sua formação. Pois “a vida como ela é vem antes da lei jurídica”, eis que a CFB não denominou todas as formas de entidades familiares, sendo sua enumeração apenas exemplificativa¹⁵⁶.

¹⁵² LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

¹⁵³ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

¹⁵⁴ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 73-74.

¹⁵⁵ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 74-75.

¹⁵⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 193-194. Neste sentido também Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que o princípio da pluralidade familiar é a marca do Direito de Família contemporâneo, decorrente dos valores democráticos e plurais introduzidos na maior parte dos ordenamentos jurídicos que decorrem das tradições romano-germânica (NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon.

Assim também concorda Maria Berenice Dias, ao afirmar que houve um alargamento constitucional do conceito de família, que não possui mais uma visão singular. Afirmar a autora que “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operam verdadeira transformação na família”. A CFB reconheceu outras entidades familiares além das matrimonializadas, reconhecendo visibilidade jurídica às uniões estáveis e às famílias monoparentais, sendo este rol meramente exemplificativo. Por isso, não há como deixar de garantir visibilidade jurídica às uniões homoafetivas, bem como a família constituída pelos filhos sem a presença dos pais, entre outras formas de família¹⁵⁷.

Ainda neste sentido, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Rodrigues Junior assentem que para interpretar o Direito de Família brasileiro atualmente é importante verificar o verdadeiro significado de família, que deve ser visto como “um precioso instrumento voltado à tutela existencial das pessoas”. Pois “família é família desde que, satisfeitos os respectivos requisitos, concorra para a tutela da pessoa humana, não importando nem sua forma nem sua origem”¹⁵⁸.

Portanto, as entidades familiares que preencham os requisitos de grupo de pessoas unidos por um tendencial afeto e pela virtual perdurabilidade do vínculo, diante de um vínculo público e socialmente relevante, serão constitucionalmente protegidas, pois a CFB tutela um conceito de entidade familiar aberto e inclusivo. Cada entidade familiar tem seu estatuto jurídico próprio, não encontrando-se equiparada ou subordinada à requisitos de outra¹⁵⁹. Neste sentido, Paulo Lôbo afirma que:

Não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Não há, pois, na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando se trata

Princípios constitucionais de Direito de Família: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 136-137).

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40-41.

¹⁵⁸ BARBOSA DE ALMEIDA, Renata, RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45-46.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

de família está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com atribuição idêntica de dignidade¹⁶⁰.

Atualmente o modelo brasileiro de família é representado pela a família democrática e plural, diante da interpretação da CFB. Pois toda e qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de tendencial afeto e virtual perdurabilidade do vínculo, diante de um vínculo socialmente relevante, merece proteção jurídica, garantindo-se assim a proteção da dignidade da pessoa humana, a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade dos membros da relação jurídica familiar, bem como a autonomia da vontade para a livre escolha entre os modelos familiares existentes.

3.2 O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade

O Direito, como fenômeno histórico e cultural, é produto de criação do homem. É uma obra humana, e é utilizado pelas pessoas, na medida em que tem como objetivo garantir os seus interesses e fins, sendo constantemente mudado e atualizado pela constante evolução da sociedade. Por isso, que a pessoa humana não representa qualquer instituto jurídico, mas sim encontra-se presente em cada norma jurídica, como sujeito maior merecedor de tutela¹⁶¹.

Por isso que, as Constituições de Brasil e de Portugal determinam o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental, elevando este conceito a valor máximo do Estado, conferindo sentido e unidade às normas constitucionais. Sendo assim, diante desta garantia constitucional, decorre o reconhecimento da personalidade de todos os seres humanos, que se destina à defesa de sua personalidade e à necessidade de o Estado proteger este direito¹⁶².

Nesta esteira que, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por englobar dimensões essenciais do ser humano e por possuir na sua matriz a

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

¹⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 930.

¹⁶² MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 151-152.

dignidade da pessoa humana corresponde à um direito fundamental de todo ser humano.

Por isso que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como os direitos de personalidade, possuem prioridade em relação à qualquer outro direito, pois tem como finalidade garantir a realização plena do homem¹⁶³.

Conforme afirma Paulo Mota Pinto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o imperativo para que o Estado forneça as condições que possibilitem este desenvolvimento são decorrentes diretamente do reconhecimento da dignidade humana como valor maior e fundamental do Estado. Porque a liberdade de desenvolvimento da personalidade humana não representa um molde pré-determinado ao homem, representa na verdade a sua autoconstrução e estruturação, de acordo com o seu próprio projeto de vida¹⁶⁴.

O art. 26º nº 1 da CRP determina que a todos é reconhecido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros explicam que este artigo “constitui expressão directa do postulado básico da dignidade humana”, que a CRP consagra como valor básico, e asseveram que o artigo em questão representa uma “pedra angular na demarcação dos limites ao exercício dos outros direitos fundamentais”¹⁶⁵.

No caso brasileiro, diferente do português, a CFB não menciona expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Mas isto não pressupõe que este direito não faça parte do ordenamento jurídico brasileiro, implica na verdade uma argumentação jurídica no sentido de inseri-lo no âmbito decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e do art. 5º, §2º da CFB, que prevê a possibilidade de se considerar princípio fundamental princípios implícitos no texto constitucional, pela chamada cláusula aberta¹⁶⁶.

¹⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada familiar. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLIII, ano nº1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 10.

¹⁶⁴ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 152.

¹⁶⁵ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 607.

¹⁶⁶ PEREIRA MOREIRA, Rodrigo. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana (e-book). Curitiba: Juruá, 2016 e SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 112.

Gomes Canotilho e Vital Moreira dizem que “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ser encarado apenas como uma liberdade ou direito geral de natureza complementar ou subsidiária”. Porque este direito constitui um direito subjetivo fundamental da pessoa humana, que garante um direito de livre formação da personalidade ou liberdade de ação, como sujeito autônomo, que possui autodeterminação decisória¹⁶⁷.

Neste sentido, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um direito fundamental do homem. Porque, conforme refere Jorge Miranda os direitos fundamentais são compreendidos como “direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como base da situação jurídica de cada pessoa”¹⁶⁸.

Temos portanto que, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui uma tutela de individualidade da pessoa, um direito de liberdade à livre formação de sua personalidade e escolhas, um verdadeiro direito à diferença. Sendo que este direito também deve ser entendido pela interação das relações entre as pessoas, na vida cotidiana, pois a garantia jurídica de proteção pressupõe o estabelecimento de regulamentação à estas relações, como via de possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade à todos os cidadãos. Sendo assim, o referido direito não se constitui apenas pela não interferência do Estado na livre formação da personalidade do indivíduo, mas também pela exigência do Estado em proteger este direito, garantindo condições ao seu livre desenvolvimento¹⁶⁹.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade apresenta no Direito Português, duas dimensões: uma tutela da personalidade, garantindo substrato à individualidade, pela livre formação da personalidade do indivíduo. E uma tutela de liberdade de ação, que garante que cada um possua seu próprio projeto de vida, vocações e capacidades pessoais próprias¹⁷⁰.

¹⁶⁷ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463.

¹⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 12.

¹⁶⁹ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 159.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 613-614; GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463.

Por isso que, o art. 26º da CRP, analisado pela ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade representa uma tutela abrangente da personalidade, incluindo a formação da personalidade. A CRP especifica diversos direitos da personalidade protegidos constitucionalmente, mas além destes, uma tutela específica da personalidade garante abranger qualquer outra dimensão fundamental em que esteja em causa o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa. Neste sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que “o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos”¹⁷¹.

Sendo assim, ao consagrar um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a CRP está a comprometer-se com a ideia de que todos tem o direito ao autodesenvolvimento de sua personalidade, mediante sua autoafirmação e realização, com o objetivo de tomar suas próprias decisões. A noção de desenvolvimento da personalidade é um conceito aberto, não cabendo ao Estado importar modelos e conceitos. Mas cabe ressaltar que o objeto de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não são apenas as formas particulares de expressão da personalidade da pessoa, abrangendo outras formas dentro da liberdade geral de ação, como por exemplo as atividades econômicas ou formas gerais de expressão da personalidade, atos incluídos no espaço de livre comportamento pessoal do indivíduo¹⁷².

Quanto ao âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, poderemos dizer que poderia se enquadrar no “domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais”, como aponta Rodrigo Pereira Moreira. Que correspondem à realidade da vida, atos e comportamentos do ser humano, que são objeto de proteção dos direitos fundamentais¹⁷³.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 614-615.

¹⁷² MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Studia Iuridica* 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 165.-166, p. 167-168.

¹⁷³ PEREIRA MOREIRA, Rodrigo. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana (e-book). Curitiba: Juruá, 2016.

Portanto, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade representa o âmbito de autoregulação e liberdade de escolha de vida do ser humano, como núcleo mais importante para o seu desenvolvimento pessoal.

3.2.1 Os direitos da personalidade

Em decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontram-se tutelados os direitos da personalidade.

Cabe, primeiramente ressaltar que a personalidade humana é preexistente ao Direito, sendo dever deste somente reconhecê-la como inerente à todos os seres humanos. A pessoa humana, como entidade pré-jurídica, exige do Direito uma tutela jurídica adequada de sua personalidade, com reflexo em diversos domínios¹⁷⁴.

Mas a personalidade não deve ser limitada ao entendimento como pessoa, mas algo mais abrangente, conforme assinala Paulo Mota Pinto “a tentativa de apreender a personalidade humana relevante para efeitos de tutela jurídica através da mera descrição dos traços do ser humano, considerado estaticamente, poderia não apreender dimensões essenciais da pessoa”. Por isso, a tutela da personalidade não abrange somente um aspecto do homem, mas sim uma “tutela da personalidade globalmente considerada”, garantindo sua abrangência em outros fatores de relevância para a constituição da personalidade¹⁷⁵.

O Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa define personalidade como: “Caráter ou qualidades próprias da pessoa; 2 - Individualidade consciente; 3 - Pessoa conhecida devido às suas funções, à sua influência, etc.”¹⁷⁶.

Neste sentido, Rabindranath Capelo de Sousa define a personalidade como “o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 165.-166.

¹⁷⁵ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 165.-166.

¹⁷⁶ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em 06 mai. de 2017.

¹⁷⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 117.

Por isso que afirmamos que a personalidade humana é constituída por uma combinação de aspectos herdados e pelas experiências marcantes em sua vida, que garantem um sentido de continuidade. Sendo assim, o Direito busca na verdade tutelar a identidade da pessoa, sua capacidade de desenvolvimento de suas características pessoais, seu o modo de pensar e agir, seus sonhos, ou seja, tutela a liberdade da pessoa e seus projetos de vida¹⁷⁸.

Neste sentido, Diogo Costa Gonçalves diz que a personalidade é o que individualiza o homem, que se refere à um ente determinado. Define a personalidade como “o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”¹⁷⁹.

Portanto, na medida em que cada ser humano é único, a personalidade tem como objeto seu conjunto de qualidades, que o diferenciam de todos os outros, e seu conjunto de relações, que determinam seu ser e sua personalidade. Como refere Pedro Pais de Vasconcelos “a personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa [...] a personalidade jurídica é qualidade de ser pessoa no Direito”¹⁸⁰.

Neste sentido, os direitos da personalidade buscam traduzir o núcleo básico dos bens pessoais juridicamente reconhecidos. Mas, a pessoa humana é algo em si muito mais abrangente, promovendo novos meios para a defesa de sua personalidade e requerendo meios alargados para seu pleno desenvolvimento¹⁸¹.

Por isso que o direito de personalidade representa a liberdade do indivíduo, pois o Direito não poderá impor limites ao seu desenvolvimento e à sua proteção. Porque restringir o âmbito de proteção deste direito significa limitar a sua abrangência, o que não se coaduna com a sua própria essência de liberdade de autodeterminação e autoconstrução livre de sua personalidade¹⁸². Pois todo o Direito é construído e estruturado em virtude da pessoa, não há direito sem pessoas¹⁸³, porque a pessoa humana é a origem e o fim do Direito.

¹⁷⁸ ARADY MIRANDA, Felipe. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Revista de Direito Brasileiro. Ano 2, nº 10, 2013, p. 11177.

¹⁷⁹ COSTA GONÇALVES, Diogo. Pessoa e direitos de personalidade: Fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 64-68.

¹⁸⁰ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 5.

¹⁸¹ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 933.

¹⁸² ARADY MIRANDA, Felipe. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Revista de Direito Brasileiro. Ano 2, nº 10, 2013, p. 11176.

¹⁸³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 48.

Neste sentido, Jorge Miranda afirma que os direitos da personalidade são direitos fundamentais inerentes a todo ser humano, pelo simples fato de nascer e viver, são direitos que revelam o conteúdo de sua personalidade e também exigem que o outro respeite sua própria personalidade. Possuem como objeto os modos físicos e morais do homem, ou bens da sua personalidade, seja física, material ou jurídica. Mas também podem ser interpretados como manifestações da personalidade do ser humano ou a defesa de sua dignidade¹⁸⁴.

Também J.J. Gomes Canotilho afirma que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”. Os direitos de personalidade compreendem os direitos de estado, os direitos sobre a pessoa e os direitos distintivos da personalidade. Diante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 26, nº 1 da CRP, cada vez mais os direitos fundamentais serão direitos de personalidade, sendo que o inverso também tem tendência a ocorrer¹⁸⁵.

Conforme assente Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade são direitos “essenciais, que formam a medula da personalidade”. São direitos, na maioria das vezes, inatos ao ser humano e cabe ao Estado o dever de reconhecê-los e sancioná-los¹⁸⁶. São direitos inatos ao ser humano, originários, porque nascem juntamente com a própria pessoa, pelo seu caráter essencial ao ser humano¹⁸⁷.

São direitos que transcendem o ordenamento jurídico positivo, pois são intrínsecos à própria natureza do homem, como ser dotado de personalidade, pois são direitos que possuem a mais elevada proteção, por possuírem os bens mais elevados do homem¹⁸⁸.

¹⁸⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 90-94.

¹⁸⁵ GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 394.

¹⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 6-8.

¹⁸⁷ Neste sentido Adriano de Cupis referia que “os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode verificar-se a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que todavia, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade” (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 20-21).

¹⁸⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 6-8.

Os direitos da personalidade são direitos intransmissíveis e indisponíveis, restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde a concepção¹⁸⁹. São intransmissíveis porque não podem ser transferidos de uma pessoa para outra. Neste caso a intransmissibilidade diz respeito ao objeto, que se identifica com os bens mais elevados do ser humano, situados em um nexo de natureza orgânica, conforme afirmava Adriano de Cupis. Sendo que por força deste nexo orgânico é que o objeto é inseparável do sujeito originário, como o direito à vida ou a liberdade¹⁹⁰. E são direitos indisponíveis porque não podem, pela natureza de seu objeto, mudar de titular, mesmo que esta seja sua vontade¹⁹¹.

Os direitos da personalidade também são direitos irrenunciáveis¹⁹², uma vez que, a partir do momento em que a pessoa passa a ser sujeito de direito, passa a ter personalidade jurídica, adquirindo os direitos de personalidade, não sendo necessário qualquer pressuposto anterior¹⁹³. Pois a faculdade de renúncia compreende a faculdade de disposição, então, os direitos da personalidade, enquanto direitos indisponíveis são também irrenunciáveis. A irrenunciabilidade deriva de seu caráter de essencialidade, pois a personalidade não poderá ser esvaziada do titular mediante uma renúncia, por compreender os bens mais importantes da pessoa humana. Conforme afirma Adriano de Cupis são “direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade”¹⁹⁴.

Os direitos da personalidade são direitos pessoais e extrapatrimoniais, já que não possuem qualquer valor econômico. Tratam-se de direitos imprescritíveis, pois mesmo que o titular não o exerça por determinado período, o direito mostra-se vitalício, podendo ser buscando até a data de sua morte. Estes direitos também são absolutos, tendo em vista seu caráter *erga omnes*, e sua atuação ocorre em toda e

¹⁸⁹ Conforme o art. 2º do CCB: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, e o art. 66 do CCP: “1 - A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida; 2 – Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem de seu nascimento.”

¹⁹⁰ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 48.

¹⁹¹ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 51.

¹⁹² Como prevê o art. 11 do CCB: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹⁹³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 415-416.

¹⁹⁴ CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 52.53.

qualquer direção, posto que todas as pessoas têm o dever de respeitar a personalidade do outro¹⁹⁵.

Nesta esteira, Pedro Pais de Vasconcelos defende que o direito de personalidade poderá ser dividido entre direito objetivo e direito subjetivo. O direito objetivo da personalidade abarca a regulamentação jurídica da personalidade, que estão fora do âmbito de disponibilidade do legislador ou até mesmo de seu titular, como por exemplo os direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, abrangendo o direito à vida, o direito à integridade pessoal e os outros direitos pessoais previstos no art. 26º da CRP. Sendo que estes direitos objetivos da personalidade constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculantes à todos, impondo um dever de respeito à dignidade do indivíduo¹⁹⁶.

Já o direito subjetivo de personalidade representa um direito disponível, situado no âmbito da autonomia privada, como é o caso do direito ao nome e à privacidade. Representa um direito que deve ser preenchido por poderes para que o titular possa exercê-lo livre e diretamente, se desejar, contra particulares ou contra o Estado¹⁹⁷.

José de Oliveira Ascensão assente que os direitos de personalidade são muitos, e não são apenas aqueles contemplados em lei, porque há outros que poderão ser reconhecidos e impostos pela dignidade da pessoa humana. Assim, classifica os direitos de personalidade em direitos: à personalidade, à conservação da personalidade e à realização da personalidade. Refere que os direitos à personalidade são os direitos que garantem uma base mínima da personalidade do homem, como por exemplo o direito à vida e à integridade física. Já os direitos à conservação da personalidade são aqueles que permitem uma reação do homem contra invasões indevidas em sua esfera da personalidade, como por exemplo a reserva da intimidade e da vida privada. E por fim, os direitos à realização da personalidade demonstram o elemento dinâmico da personalidade humana, neste caso o direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁹⁸.

¹⁹⁵ BELTRÃO, Silvo Romero. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 17-19.

¹⁹⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50-52 e 55.

¹⁹⁷ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, 53-55.

¹⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada familiar. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLIII, ano nº1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 11-12.

Diante do enunciado do art. 70º do CCP que prevê o seguinte: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, José de Oliveira Ascensão refere que se estabelece um princípio geral. Porque, conforme determina o autor “este preceito contém um princípio preciso: o da generalidade da tutela da personalidade. Para que um direito de personalidade seja reconhecido, não é necessária específica previsão legal: basta que decorra da personalidade ontológica”. Mas este preceito não é limitado a qualquer noção formal de pessoa, ou não haveria critério de demarcação, por isso afirma que “tudo que respeita ou atinge uma pessoa singular é considerado valor da personalidade”¹⁹⁹.

Em contrapartida, porque a lei não tipifica todos os direitos da personalidade e diante da possibilidade de abertura à outros direitos que não tipificados, mas que merecem igual tutela em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, Rabindranath Capelo de Sousa e Paulo Mota Pinto defendem o reconhecimento de um direito geral de personalidade, reconhecido à nível ordinário no art. 70 nº 1 do CCP, em decorrência do reconhecimento do dever de proteção da personalidade. Neste sentido, dizem que há a intenção de consagrar uma tutela da personalidade que não seja limitada pelos direitos de personalidade expressos, mas sim um direito geral de personalidade, que abranja a personalidade como um todo, sem limitações. Trata-se de uma rejeição ao *numerus clausus*, constituindo “imperativos decorrentes da ilimitabilidade da personalidade jurídica”, conforme afirma Paulo Mota Pinto²⁰⁰.

Neste sentido, Rabindranath Capelo de Sousa assente que o art. 70º nº 1 do CCP tem como bem jurídico a personalidade física ou moral do homem, ou seja, os “bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem”. E diz que a personalidade humana possui “caráter unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo e individualizado da personalidade e a sua adaptação ao mundo exterior”. O legislador, ao determinar um direito geral de personalidade não determinou uma enumeração completa de tais bens, afastando a taxatividade de bens protegidos, porque entendeu garantir a tutela jurídica a personalidade física ou moral do ser

¹⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I – Introdução, as pessoas, os bens. 2ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000, p. 80-81.

²⁰⁰ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 174 e 177 e CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 106, 111 e 152.

humano, abrangendo todos os seus bens, forças ou potencialidades, sejam presentes ou futuras, conhecidas ou desconhecidas²⁰¹.

Mas em oposição ao direito geral da personalidade, José de Oliveira Ascensão diz que admitir este direito oferece desvantagens, porque trata-se de um direito “de desmensurada extensão”, na medida em que se torna difícil trabalhar com ele. E diz que “os terceiros podem ser sempre surpreendidos pelas consequências que dele se venham a tirar num caso concreto”. Por isso o autor defende que serão admitidos novos direitos da personalidade a partir do art. 70º do CPP, em regime de *numerus apertus*. Refere que esta técnica não pressupõe a criação de um “super-direito”, mas sim na derivação, a partir do “princípio de concretos direitos da personalidade”. Pois esta derivação permitirá alcançar todos os domínios que a personalidade exigir, e possui a vantagem da segurança jurídica. Afirmar que “a revelação dos direitos caso a caso, ou melhor, tipo a tipo, permite a formação de categorias socialmente reconhecíveis. Isto corta o efeito de surpresa e permite uma meditação generalizadora, liberta da influências emotivas no caso a caso”²⁰².

Na medida em que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um direito fundamental, os direitos de personalidade representam importante função, pois são os instrumentos jurídicos de concretização deste direito no âmbito do direito privado. Contudo, os direitos da personalidade somente tem aplicação neste âmbito, pois mesmo que correspondam à direitos fundamentais não serão acompanhados pela Constituição, permanecendo como figuras civilísticas, somente aplicáveis nas relações entre particulares²⁰³.

Por isso que no que diz respeito aos direitos de personalidade não existe uma delimitação fechada de abrangência para este direito, pois o que vem a ser tutelado é o valor da pessoa. Não há como defender a tipicidade deste direito, pois o que se tutela é o potencial físico e espiritual de cada ser humano em um conjunto autônomo. Porque não poderão ser identificadas hipóteses legais ou desprotegidas pelas falta de previsão legislativa. Por isso, que quando aceitamos que os direitos da personalidade tem fundamento na dignidade da pessoa humana, ou mesmo que

²⁰¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 106, 111 e 152.

²⁰² ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I – Introdução, as pessoas, os bens. 2ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000, p. 86-88.

²⁰³ Neste sentido MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 226-243.

representam sua própria expressão, não há como determinar um *numerus clausus* de direitos positivamente tutelados, pois não há como tutelar um sujeito pré determinado ou codificado²⁰⁴.

3.2.3 Âmbito de aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos da personalidade no Direito de Família

Do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade decorre uma liberdade de comportamento de todo cidadão, garantindo a sua liberdade de traçar seu próprio plano de vida. Diante de todas as considerações apresentadas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade abrangem toda forma de comportamento humano, protegendo e garantindo a liberdade de autodeterminação²⁰⁵.

Neste âmbito, a família, por se tratar de uma instituição pré-jurídica e que por razões estruturais o ser humano dela depende durante grande parte de sua vida, representa um alargamento da esfera das pessoas, pois um reconhecimento da personalidade humana sem a família não é possível, por isso faz-se necessário esta conexão²⁰⁶.

Sendo assim, todos os direitos inerentes ao desenvolvimento da personalidade e aos direitos da personalidade humana devem ser tutelados no âmbito da família, sobretudo no que diz respeito à liberdade de escolha do modo de constituição do núcleo familiar e à liberdade de autodeterminação da vida privada.

Por isso a tutela dos direitos da personalidade deve ser assegurada na família, em todos os momentos: em sua formação, manutenção ou extinção, cabendo ao Estado assegurar estes direitos e impedir ou prevenir violações. Porque

²⁰⁴ HUPSEL, Francisco. Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 61-62; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 106, 111 e 152.

²⁰⁵ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 198-202.

²⁰⁶ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 950.

a família representa o núcleo essencial na promoção da dignidade da pessoa humana, merecedora de especial proteção da sociedade e do Estado²⁰⁷.

Neste sentido, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade representa “a função de norma de escolha das diversas liberdades constitucionais consagradas”, conforme ensina Paulo Mota Pinto. Portanto este direito deve ser entendido também diante dos direitos de liberdade inominados, que não expressamente tipificados na constituição. Pois na medida em que as normas constitucionais garantam as chamadas liberdades “especiais”, será cada vez mais desnecessária a busca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como cláusula geral de liberdade²⁰⁸. Dentre estes direitos de liberdade incluiríamos a liberdade de constituir família.

Por isso que podemos concluir, diante destas considerações, que o homem é livre para sentir afeto e nutrir sentimentos, bem como é livre para formar sua família como bem entender, estando este direito no âmbito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Inserido nos direitos de personalidade podemos destacar o direito à identidade do ser humano previsto no art. 26º nº 1 da CRP. Este direito traduz cada indivíduo como um ser único, autônomo de interesses, merecedor de reconhecimento e de identidade própria. Nesta medida, protege-se o direito à identidade, particularmente quanto sua imagem física, sua escrita, sua voz, mas também no que diz respeito à identidade familiar e sexual²⁰⁹.

Por isso, que a família, além de representar manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pelo direito conferido ao ser humano de livre formação, modificação e extinção das relações jurídicas familiares, representa também uma vertente do direito de identidade, diante de sua escolha familiar individual, como substrato da individualidade humana.

E ainda, o direito geral de personalidade abarca a tutela da liberdade do ser humano previsto no art. 27º da CRP, diante da chamada liberdade de estado, que

²⁰⁷ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 679-680.

²⁰⁸ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 205-207.

²⁰⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 245-248.

protege a autodeterminação do ser humano sobre seus relacionamentos, seja no âmbito da família ou no âmbito comunitário²¹⁰.

Ou seja, o direito de liberdade abarca a livre decisão do homem entre casar ou constituir união de facto/estável, bem como de permanecer nesta relação ou o direito de dissolvê-la quando desejar²¹¹. Abrange também a liberdade de escolha livre do cônjuge ou companheiro, como também o sexo do companheiro, aqui compreendida pela liberdade de opção sexual.

Outro âmbito de intersecção da família com os direitos de personalidade é no que diz respeito à reserva da intimidade e vida privada, conforme prevê o art. 26º nº1 da CRP e o art. 80º do CCP. Neste sentido, Rabindranath Capelo de Sousa refere que a tutela geral da personalidade, em seu aspecto moral protege a vida privada de cada indivíduo, e o referido direito garante proteção à vida privacidade da vida pessoal e familiar de cada homem²¹².

Neste âmbito a CFB também prevê em seu art. 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade e a vida privada a pessoa. O CCB também garante em seu art. 21 que a vida privada da pessoa é inviolável. Por isso que se diz que a intimidade e a vida privada devem ser respeitadas dentro da família, pois a intimidade da vida familiar reflete as relações de intimidade vividas dentro da família, onde não há espaço para qualquer intervenção de terceiro ou até mesmo do Estado. Ademais o casamento e a união de facto/estável também protegem o cônjuge e o unido de facto/companheiro, na medida em que o outro não tem a permissão de invadir a intimidade de seu parceiro²¹³.

Ainda no que diz respeito à reserva da intimidade, José de Oliveira Ascensão refere que este direito pode ser dividido em três esferas: individual, privada e secreta. Assente que a esfera individual diz respeito aos elementos referidos à uma pessoa e que digam respeito à sua identificação. A esfera da vida privada compreende a reserva da vida privada e familiar, reservando o direito ao homem de resguardar o

²¹⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 271.

²¹¹ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 719-720.

²¹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 316-318.

²¹³ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 722-727.

próprio convívio. E a esfera secreta é o setor da intimidade que deverá ser mais intensamente preservado, com o fundamento de garantir neste espaço o livre desenvolvimento da personalidade²¹⁴.

Ou seja, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade representam para o Direito de Família a liberdade de auto determinação e liberdade do homem, na medida em que este poderá escolher livremente o modo de constituição de sua família. Estes direitos também representam uma esfera de proteção ao homem no âmbito familiar, porque protegem a sua identidade, assim como a sua identidade familiar. Garantem o seu direito de liberdade, traduzido como a liberdade de constituir família como desejar e o direito de escolher livremente sua opção sexual. E garantem à família o direito de reserva de intimidade da vida privada, protegendo a privacidade familiar e a liberdade neste âmbito, sem qualquer tipo de intervenção externa.

3.3 A autonomia da vontade no âmbito familiar

A vontade pode ser traduzida como a faculdade do ser humano de fazer algo, visando a realização de um valor intelectualmente conhecido. Eticamente a vontade é considerada “uma atitude ou disposição moral para querer algo”. No campo metafísico ou filosófico diz-se que a vontade é uma “entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos”. A vontade pode ser representada como um motor que impulsiona e dirige o movimento de todas as faculdades do homem, ela move-se em si mesma²¹⁵.

A vontade produz efeitos no campo do Direito, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Enquanto a Psicologia encara a vontade no campo do ser, o Direito a encara no campo do dever ser, ao passo que a reconhece como fator de eficácia jurídica dentro dos limites e formas estabelecidos em lei²¹⁶.

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada familiar. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLIII, ano nº1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 17-18.

²¹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito (número especial). Coimbra, 1989, p. 11 e 18.

²¹⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito (número especial). Coimbra, 1989, p. 11-12.

Neste sentido, podemos dizer que a vontade é o que representa a base e o fundamento da família atualmente, pela liberdade dos seus indivíduos em criarem, modificarem ou extinguirem suas relações familiares. A vontade, para o Direito de Família, representa a liberdade de autodeterminação dos indivíduos, é a liberdade de sentir afeto, amor ou qualquer tipo de sentimento por outra pessoa²¹⁷.

Por outro lado, a autonomia significa independência, liberdade, autoregulamentação das condutas do homem, sua capacidade de autogoverno²¹⁸. Sendo assim, a autonomia da vontade poderia ser traduzida como a vontade livre do homem, é a possibilidade do ser humano determinar o caminho de sua vida, conduz ao respeito à tutela dos direitos da personalidade. Tudo isto, tendo como base fundamentadora a dignidade da pessoa humana, que alcança a capacidade de autodeterminação do homem, de se desenvolver livremente e poder fazer suas escolhas existenciais²¹⁹.

Da autonomia da vontade deriva o direito de autodeterminação do homem, que representa um poder reconhecido ao indivíduo de gerir livremente seus interesses e orientar sua vida, sem qualquer interferência²²⁰. Sendo que neste âmbito poderíamos inserir a livre formação da família, tanto no que diz respeito à escolha entre casamento ou união de facto/estável, como também quanto à opção sexual do indivíduo, na medida em que poderá optar por se relacionar com outra pessoa do mesmo sexo.

O princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada²²¹ representa um dos princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Este princípio encontra maior relevância, embora não somente, no âmbito do Direito Privado, principalmente nas relações entre particulares. O conceito de autonomia da

²¹⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito (número especial). Coimbra, 1989, p. 8-9 e 12.

²¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 41, nº 163. Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Edições e Publicações, jul/set 2004, p. 113.

²¹⁹ HUPSEL, Francisco. Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 75.

²²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 41, nº 163. Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Edições e Publicações, jul/set 2004, p. 126.

²²¹ Referidos que neste trabalho utilizaremos a autonomia da vontade como sinônimo de autonomia privada.

vontade não é único, podendo variar em razão do contexto utilizado. Poderá ser sinônimo de independência, como para as áreas da biologia, representando o sentido da própria vida do homem. Pode ser considerada a capacidade do homem de se gerir pelos próprios meios, ou pela livre determinação de seus comportamentos. Mas, afinal a origem da autonomia da vontade está na filosofia, garantindo a noção de vontade e razão do homem²²².

Neste âmbito a autonomia possui dupla utilização: em termos amplos corresponde ao espaço de liberdade garantido à todo ser humano na ordem jurídica, englobando os atos que poderão ser praticados tanto no prisma material como no prisma jurídico. Em termos restritos corresponde ao espaço de liberdade de homem, a área na qual a pessoa poderá desenvolver a atividade jurídica que desejar²²³.

Mas para o Direito, a noção de autonomia da vontade limita-se às opções do homem que acarretam efeitos jurídicos, pois somente os comportamentos que produzem efeitos jurídicos interessam ao Direito. Assim, conforme afirma Jorge de Moraes Carvalho: “a autonomia privada corresponde a uma área de licitude – ou a um espaço de liberdade -, dentro da qual as pessoas ou certas categorias de pessoas dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem”²²⁴.

A autonomia da vontade decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pela liberdade geral de ação garantida ao ser humano. Sendo assim, a autonomia da vontade representa a faculdade dos sujeitos ordenarem livremente sua vida jurídica. Neste sentido, Paulo Mota Pinto diz que é “a possibilidade de ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, como iguais, na sua vida de convivência, ordenação autoformulada, essa, que é a zona por excelência do direito privado”. É diante da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade que extrai-se a tutela constitucional da autonomia da vontade, traduzida na liberdade geral da pessoa²²⁵.

²²² MORAIS CARVALHO, Jorge. Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. In: Para Jorge Leite: Escritos Jurídicos. Vol. II. Coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 99.

²²³ MORAIS CARVALHO, Jorge. Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. In: Para Jorge Leite: Escritos Jurídicos. Vol. II. Coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 99.

²²⁴ MORAIS CARVALHO, Jorge. Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. In: Para Jorge Leite: Escritos Jurídicos. Vol. II. Coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 100-101.

²²⁵ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 212-214. Neste sentido Rodrigo Pereira Moreira refere que “A autonomia é,

Assim, conforme afirma Pedro Pais de Vasconcelos, na medida em que o direito de personalidade é um direito subjetivo, constitui uma das principais manifestações da autonomia da vontade. Sendo assim, a autonomia da vontade, no âmbito do exercício do direito de personalidade possui dois aspectos: a iniciativa de defesa da personalidade por seu titular e a autovinculação à sua limitação. Assim, o primeiro aspecto corresponde à liberdade do titular em exercer seu direito ou simplesmente se abster de exercê-lo, representa a liberdade de escolha de atitude perante uma ofensa sofrida. E o segundo aspecto diz respeito à autovinculação, à limitação do direito de personalidade, em que por exemplo, o titular poderá se sujeitar negocialmente à agressões de sua identidade física mediante experiências com novas tecnologias farmacêuticas ou poderá contratar o uso de sua imagem ou invasão de sua vida privada, conforme prevê o art. 81º do CCP: “limitação voluntária dos direitos de personalidade”²²⁶.

Neste sentido, podemos definir a autonomia da vontade como o poder de autoregulação de interesses dos particulares, é o “poder de dotação normativa reconhecido à vontade”, “encontra [...] na sua própria essência e razão de ser os seus limites”, conforme afirma Pedro de Albuquerque. Porque a autonomia da vontade é um princípio circunscrito por sua própria natureza, não há como se falar em autonomia sem limites, e a sua existência pressupõe a existência de restrições²²⁷.

A autonomia da vontade é vertente da liberdade do indivíduo autoregular suas relações jurídicas, é a possibilidade do agente praticar um ato jurídico, determinando sua forma e seus efeitos. Porque é a declaração de vontade que cria as normas jurídicas²²⁸. É faculdade que toda pessoa tem de

assim, uma necessidade para a busca autorrealização e bem-estar da pessoa, pressupondo um direito ao livre desenvolvimento da personalidade (PEREIRA MOREIRA, Rodrigo. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana (e-book). Curitiba: Juruá, 2016).

²²⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 153.

²²⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de. Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986, p. 17.

²²⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito (número especial). Coimbra, 1989, p. 12-13.

estabelecer livremente relações jurídicas com outros, quer no campo pessoal ou patrimonial²²⁹.

Portanto, o pressuposto da autonomia da vontade é a liberdade como valor jurídico. Trata-se da liberdade de fazer ou não fazer, diante do livre arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado ou proibido legalmente. É que o ordenamento jurídico deixa um espaço livre reservado ao poder jurídico dos particulares, sendo este o espaço de atuação com eficácia jurídica. Pois, reconhece-se que os particulares melhor conhecem seus interesses, portanto tem o poder de regular juridicamente suas relações privadas²³⁰.

O Estado somente tem o poder de intervir no campo da autonomia da vontade do indivíduo visando garantir a liberdade, a consciência e a igualdade entre os sujeitos da relação jurídica, com o objetivo de garantir outros valores fundamentais, que não pode deixar à livre atuação da coletividade²³¹.

No âmbito do Direito de Família a vontade é o elemento que impulsiona a constituição, manutenção ou extinção dos relacionamentos e das relações jurídicas familiares. Principalmente no que diz respeito às relações jurídicas familiares de tipo horizontal, que serão o objeto do presente trabalho.

Sendo assim, na medida em que o Direito de Família, conforme explicitamos anteriormente, é ramo do Direito Privado aplica-se a regra da autonomia da vontade. Neste âmbito também consideramos a aplicação do princípio da menor intervenção do Estado, sendo vedada uma intervenção que vise de alguma forma diminuir a liberdade do cidadão dentro de sua esfera familiar. Ou seja, no Direito de Família imperará o princípio da autonomia da vontade, garantindo a liberdade de seus membros escolherem como desejam guiar sua vida em família. Por isso que o Estado somente poderá intervir na família em casos excepcionais, com o objetivo de salvaguardar eventuais danos à direitos fundamentais de seus componentes.

Deste modo, afirmar-se que o Direito de Família possui duplicidade de fontes: uma de caráter extrínseco, que é a lei; e outra de natureza interna, que são os padrões e comportamentos internos adotados por cada família. Porque, uma relação

²²⁹ LEITE DE CAMPOS, Diogo. Lições de direitos da personalidade – Separado do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 103.

²³⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito (número especial). Coimbra, 1989, p. 16-18.

²³¹ LEITE DE CAMPOS, Diogo. Lições de direitos da personalidade – Separado do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 103.

jurídica familiar se autoregumenta em grande parte, sendo que esta autoregumentação está no campo da autonomia da vontade²³².

E ainda mais longe, poderíamos reconduzir esta liberdade de autoregumentação familiar, onde impera a autonomia da vontade na família à teoria do *non droit*, porque esta é uma zona que não pode ser abarcada pelo Direito. Pois não há como o Direito regular os comportamentos afetivos e livres da pessoa, bem como não poderá determinar como serão seus comportamentos dentro da família, até o momento que é chamado o Estado para resolver tal questão. Sendo assim, a família é, na maior parte do tempo, uma zona onde impera a autonomia da vontade, sem a incidência do Direito.

Pois, como afirma Pedro de Albuquerque, a autonomia da vontade no Direito de Família cumpre o papel de garantir que membros da família supram o caráter incompleto das normas jurídicas familiares, mediante comportamentos que não são regulados juridicamente, porque não serão jurídicas as normas estabelecidas internamente entre os membros da família no seu dia a dia, que correspondem à um domínio que não interessa ao Direito. Neste sentido, o autor afirma que autonomia da vontade no âmbito do Direito de Família cumpre a função de atuar como fonte supletiva de lacunas e representar uma fonte interpretativa para as normas de ordem jurídica. E a autonomia da vontade tem perfeito cabimento no Direito de Família, correspondendo à necessidade de desenvolvimento do homem e do seu direito à felicidade²³³.

Portanto, diante de todas as considerações apresentadas podemos afirmar que no âmbito das relações jurídicas familiares de tipo horizontal impera o princípio da autonomia da vontade, que garante à todos os indivíduos a liberdade de escolha na formação do vínculo familiar, seja pelo casamento ou pela união de facto/estável.

²³² ALBUQUERQUE, Pedro de. Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986, p. 160.

²³³ ALBUQUERQUE, Pedro de. Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986, p. 165, 170 e 182.

4. AS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES DE TIPO HORIZONTAL: HIPÓTESES DE INTERSECÇÃO COM O AFETO, COM O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE

A família, conforme identificamos ao longo do trabalho, deve ser caracterizada como um núcleo tendencialmente de afetos, e de virtual perdurabilidade dos vínculos, pela relevância social e publicidade de tais vínculos. Havemos de desconsiderar o afeto como elemento definidor das relações jurídicas familiares, pois assim não haveria possibilidade de serem reconhecidas as “famílias não afetivas”, baseadas em outros sentimentos diferentes do afeto.

Contudo, principalmente as relações jurídicas familiares de tipo horizontal, por não terem sua base fundamentadora no afeto, possuem sua existência fundada no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na autonomia da vontade.

Portanto, mostra-se relevante o estudo das instituições jurídicas familiares e sua eventual hipótese de intersecção com o afeto, com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e com a autonomia da vontade.

As relações jurídicas familiares podem ser divididas em relações verticais e horizontais. As relações horizontais são compreendidas pelo casamento, e pela união de facto/estável, sendo que estas serão o objeto de análise do presente trabalho.

No que diz respeito às relações familiares do tipo vertical compreendem as relações de filiação: a filiação biológica, a filiação decorrente de adoção, a coadoção e o apadrinhamento, estes dois últimos somente na legislação portuguesa. Contudo, estas relações não serão abordadas no seguinte trabalho, pois tem um cunho diferenciado, marcadamente imperativo, porque está em causa o exercício da parentalidade e dos deveres que a lei abarca.

Portanto o trabalho reporta-se com mais relevância às relações familiares de tipo horizontal de tipo autonômico, visando a estabilidade de uma comunhão plena de vida relacionalmente paritário.

4.1 O casamento

O casamento, conforme afirma Carlos Pamplona Corte-Real “é apontado genericamente como a relação familiar por excelência”²³⁴. Baseia-se no direito de livre constituição da família, expresso no art. 36º nº1 da CRP, que garante especial proteção à família e ao casamento, não apenas como direitos fundamentais, mas também no âmbito das garantias institucionais e como elementos estruturais da sociedade²³⁵.

A legislação portuguesa determina que o casamento é civil ou católico, nos termos do art. 1587º do CCP. O casamento católico é aquele celebrado de acordo com o Direito Canônico da Igreja Católica, e que a lei civil reconhece seu valor e eficácia. Este matrimônio é na verdade uma modalidade de casamento, pois o ordenamento jurídico português admite a eficácia civil do Direito Canônico para regulamentar não somente os aspectos formais do casamento católico²³⁶.

A Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé de 2004 em seu art. 13º determinou que: “O Estado português reconhece efeitos civis aos casamentos celebrados em conformidade com as leis canônicas, desde que o respectivo assento de casamento seja transcrito para os competentes livros do registo civil”. Ou seja, o casamento religioso existe como que “à margem” do direito conjugal, laico por excelência, estando apenas sujeito ao registro por transcrição, ato do Estado que apenas visa controlar a observância dos requisitos legais para a constituição do casamento civil²³⁷.

Também os demais casamentos celebrados de forma religiosa mereceram regulamentação jurídica, sendo que a Lei da Liberdade Religiosa garante efeitos civis. Todos os casamentos celebrados por forma religiosa estão subordinados à lei civil, salvo em relação a alguns aspectos formais. Sendo assim, Jorge Duarte

²³⁴ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 127.

²³⁵ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 807.

²³⁶ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito da Família Contemporâneo*, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 392.

²³⁷ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 127.

Pinheiro afirma que não se tratam de diversas modalidades de casamento, mas sim de meras formas. São na verdade “casamento civis sob forma religiosa”²³⁸.

No que diz respeito ao casamento civil propriamente dito, é regulado pelo CCP em seu art. 1577º, que prevê o seguinte: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”.

Ou seja, a comunhão de vida representa o núcleo do casamento, pois o estado de casado pressupõe uma comunhão plena de vida, sendo que a constituição da família é fruto decorrente desta comunhão²³⁹.

Contudo, há que se verificar que a procriação, que para muitos representa a constituição da família, embora tenha sido considerada com a finalidade do casamento, não é mais essencial. Pois atualmente já é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal, assim como a impotência ou incapacidade de ter filhos de um dos cônjuges não é causa de impedimento ou anulação do casamento²⁴⁰.

No Brasil, também a CFB garante especial proteção do Estado à família em seu art. 226: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, elencando o casamento como uma das formas de constituição familiar, não mais conjugando a ideia de família somente constituída a partir do casamento²⁴¹.

No ordenamento jurídico brasileiro também admite-se o casamento religioso com efeito civil. O art. 226 §2º da CFB determina que “o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. E assim dispõe o art. 1.515 do CCB: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”.

Ou seja, o casamento religioso equivalerá ao civil se os nubentes promoverem o mesmo processo de habilitação previsto para o casamento civil. Acontecendo o casamento religioso, a realização do casamento civil será efetivada. Sendo também possível que o processo de habilitação ocorra depois de realizado o

²³⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 393.

²³⁹ LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 153.

²⁴⁰ LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 153, 153-154.

²⁴¹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 174-176.

casamento religioso, mediante a apresentação dos documentos exigidos e sem a prévia habitação civil²⁴².

Paulo Lôbo assente que o casamento é uma das entidades familiares protegidas pela legislação brasileira. Afirma que “no casamento tem-se não apenas a mais radical forma de associação humana, senão também a mais antiga, com tendência para sua repersonalização, com a redescoberta e a revalorização da pessoa humana”²⁴³.

Mas o que diferencia o casamento das outras entidades familiares é o fato de depender de um ato jurídico complexo para sua constituição, e da oficialidade de tais atos, pois sua eficácia depende da realização de atos estatais. Neste sentido diferencia-se das demais entidades familiares, pois estas são livremente constituídas, como fatos, aos quais o Direito atribui consequências jurídicas. Por isso, diferente do casamento, as demais entidades familiares necessitam de prova fática para serem legalmente aceitas, enquanto o casamento prova-se somente mediante o assento²⁴⁴.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que o casamento é “uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”²⁴⁵.

Discordamos das palavras dos autores, porque o casamento não forma necessariamente uma “comunhão de afeto”, na medida em que o que define o casamento é a vontade dos nubentes de realizarem o ato, pelo seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e pela autonomia da vontade, independe de afeto ou não. Porque poderão haver casamentos “não efetivos”, e mesmo assim a lei atribuirá efeitos, sem verificar a existência do afeto entre os cônjuges, na medida em que a lei garante a proteção jurídica e existência do casamento independente dos laços de afeto.

O art. 1511 do CCB determina que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, afastou

²⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal. In: Tratado de Direito das Famílias. Org. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 140.

²⁴³ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-100.

²⁴⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

²⁴⁵ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 179.

qualquer possibilidade de tratamento diferenciado entre homem e mulher e determinou a comunhão plena de vida como elemento identificador, contudo não explicitou tal conceito.

Assim, Rolf Madaleno afirma que a comunhão plena de vida constitui cláusula geral e condição de validade para o casamento, diz que se torna inimaginável um casamento sem a comunhão plena de vida entre os cônjuges, que seria o sinônimo de felicidade e o pressuposto da união, “não fazendo qualquer sentido manter unido um casal que confessa não estar feliz, porque não mais encontra, ou talvez, porque nunca tenha encontrado em seu relacionamento a imprescindível comunhão plena de vida”²⁴⁶.

Portanto, o afeto representa apenas um pressuposto, um valor para o casamento, não é o requisito que determinará, pois todos os indivíduos são livres para casar com quem entenderem. A comunhão plena de vida se apresenta como um pressuposto ao casamento, mas não há como o legislador verificar pontualmente sua existência dentro do casamento, porque os cônjuges a determinarão segundo sua vivência diária.

Neste sentido, podemos afirmar que o casamento não apresenta necessariamente um núcleo de afeto, e a falta deste não o tornará inválido, pois a comunhão plena de vida, que representa o pressuposto do casamento será moldada livremente pelos cônjuges. Sendo assim, o casamento possui sua base fundamentadora no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na autonomia da vontade dos cônjuges, em viverem um comunhão plena de vida.

4.1.1 A pretensão contratualidade do casamento

O enunciado do art. 1577º do CCP define casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, mas apesar do dizer legal, se discute a sua natureza jurídica de contrato ou não.

A doutrina majoritária portuguesa²⁴⁷ entende que o casamento é caracterizado pela contratualidade, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de

²⁴⁶ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 105-106.

²⁴⁷ Partilham deste entendimento Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao

Oliveira afirmam que o consentimento dos nubentes é o núcleo essencial do casamento, e a noção de contrato serve para dar sentido à esta ideia, razão pela qual o casamento é um contrato.

Neste sentido, Antunes Varella assente que a intervenção do funcionário de registro civil não retira do ato do casamento a característica de um ato exclusivo dos nubentes, pois o funcionário tem apenas a função de participar como testemunha privilegiada, com o objetivo de constatar a inexistência de qualquer impedimento matrimonial e declarar os nubentes casados, diante do mútuo consentimento expresso por estes. Afirmar que o casamento é um contrato, pois é celebrado pela livre iniciativa dos nubentes em se unirem em matrimônio, que aceitam todos os seus efeitos legais²⁴⁸.

Contudo, conforme afirma Carlos Pamplona Corte-Real, definir o casamento como um contrato trata-se de uma falha técnica cometida pelo legislador português. Pois o matrimônio, por representar a comunhão plena de vida entre os cônjuges e sua vivência temporal, é uma relação jurídica indisponível, não sendo possível ser objeto de contrato²⁴⁹.

Sendo assim, não é possível contratualizar o casamento, porque é o ato mais livre e íntimo que pode existir, formado por atos unilaterais de vontade dos cônjuges e pela autovinculação à uma plena comunhão de vida²⁵⁰. O casamento nada mais é do que um projeto de vida, um acordo de vida que poderá ser modificado dia após dia, pois é um ato jurídico sem fronteiras, livremente gerido pelos cônjuges em seu convívio diário²⁵¹.

Direito Matrimonial, 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 198-201); Diogo Leite de Campos e Monica Martinez de Campos (LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 177); Antunes Varela (ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 184); João de Castro Mendes (CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Asfdl, 1990/1991, p. 38), Jorge Duarte Pinheiro (DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 391) e Marta Falcão, Miguel Dinis Pestana Serra e Sérgio Tenreiro Tomás (FALCÃO, Marta; PESTANA SERRA, Miguel Dinis; TENREIRO TOMÁS, Sérgio. Direito da Família: da teoria à prática. Coimbra: Almedina, 2016, p. 29).

²⁴⁸ ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 3ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 184-185. Neste sentido também João de Castro Mendes afirma que o casamento é um acordo entre as partes, ou seja, um negócio jurídico bilateral (CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Asfdl, 1990/1991, p. 38).

²⁴⁹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 129-130.

²⁵⁰ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 129-130.

²⁵¹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Relance crítico sobre o direito de família português. In: Textos de Direito de Família: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 112-113.

Portanto, pela correta interpretação do art. 1577º do CCP, o casamento deve ser lido como ato jurídico profundamente livre e íntimo, sendo negocialmente indisponível, porque é impossível alguém dispor juridicamente do exercício de sua vida sexual e espiritual em termos contratuais. O casamento é um ato complexo, mas específico, que resulta do mero encontro solene, formalizado, de duas declarações de vontade, de dois atos jurídicos individuais auto-vinculantes, não podendo ser enquadrado no regime típico dos contratos bilaterais²⁵².

No Brasil a contratualidade ou não do casamento também é discutida.

Rolf Madaleno afirma que trata-se de um contrato especial²⁵³, pela natureza jurídica híbrida do matrimônio. Defende o casamento como um ato complexo²⁵⁴, na medida em que depende em parte da vontade das partes, diante de sua autonomia para escolher livremente o cônjuge e o regime de bens. Se complementa com a adesão dos nubentes ao conjunto de regras, que passaram a vigor a partir da celebração do casamento do casamento, por ato privativo estatal.

Assente Maria Helena Diniz que a ideia de casamento é contrária à ideia de contrato, pois considerá-lo um contrato é como equipará-lo a uma venda ou uma sociedade, pois se colocariam em segundo plano seus fins principais, que é a constituição da família²⁵⁵.

O principal elemento de um contrato é o acordo entre as partes, ao passo que no casamento a simples vontade daqueles que pretendem se casar não constitui o casamento, necessitando da autoridade estatal para realizar o ato. As partes, em um contrato, possuem autonomia para estipular livremente as condições e termos, contudo no casamento os nubentes não podem adicionar cláusulas ou disciplinar como será a relação conjugal de forma absolutamente livre e contrária à lei, pois o

²⁵² PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, MOREIRA, Isabel, DUARTE D'ALMEIDA, Luís. O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2008, p. 25.

²⁵³ Neste sentido Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva afirmam que o casamento é “um contrato especial de direito de família, porque está marcado pela vontade das partes envolvidas, em sua constituição, duração e extinção” (BARROS MONTEIRO, Washington de. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil: Direito de Família. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51).

²⁵⁴ Assim também refere Arnol Wald, assente na ideia de que o casamento é “um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual” (WALD, Arnold, CORRÊA DA FONSECA, Priscila M. P. Direito Civil: Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113).

²⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42-43.

casamento se constituirá pela sua vivência diária, somente possuem autonomia para estipular acordos sobre o patrimônio, ainda que de forma limitada²⁵⁶.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal afirmam que o casamento é um negócio jurídico especial familiar, não submetido às normas do direito contratual, diante de sua estruturação existencial²⁵⁷.

Sendo assim, concordamos que o casamento não poderá ser considerado um contrato, pois não é possível contratualizar a intimidade e a vida de alguém. O casamento é um negócio jurídico especial de Direito de Família, é produzido a partir do direito ao livre desenvolvimento da personalidade pela liberdade de autodeterminação, e da autonomia da vontade de duas pessoas em se unirem em matrimônio, não havendo como enquadrá-lo no regime jurídico dos contratos.

4.1.2 A exigibilidade dos deveres conjugais: o renovado acordo em sua configuração

Diante do enunciado legal de que o casamento implica a comunhão plena de vida entre os cônjuges, muito se defende que esta comunhão é caracterizada pelos deveres conjugais. Parte da doutrina portuguesa defende a imperatividade dos deveres conjugais elencados no art. 1672º do CCP, quais sejam: os deveres de o respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência entre os cônjuges²⁵⁸.

Conforme ensina Jorge Duarte Pinheiro os deveres conjugais constituem o “núcleo intangível” da comunhão conjugal, representando a obrigação legal conferida aos cônjuges de uma “comunhão tendencialmente plena de vida”. Assevera que os deveres conjugais são inderrogáveis pelo disposto no art. 1618º do CCP, que estabelece que ao aceitar casar-se com outrem os cônjuges aceitam plenamente os efeitos do matrimônio. E também diante do dispositivo legal previsto

²⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 5. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

²⁵⁷ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 184.

²⁵⁸ Partilham deste entendimento: Jorge Duarte Pinheiro (DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 65); João de Castro Mendes (CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Asfdl, 1990/1991, p. 117-119); Antunes Varela (ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 341) e Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014).

no art. 1699º nº1 b) do CCP, que prevê que aos cônjuges não é permitido alterar os deveres conjugais em convenção antenupcial²⁵⁹.

Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos sustentam que “o casamento, enquanto estado, é uma comunhão plena de vida”. Afirmam que o estado de casado significa o viver dos cônjuges, um para o outro, pois “o matrimônio-comunhão de vida está no oposto do egoísmo”. Neste sentido, o legislador tentou aprofundar o conceito de comunhão de plena de vida elencando os deveres conjugais. Apensar disto, os autores referem que estes deveres deverão sempre ser compreendidos em diálogo com o eventual amor existente entre os cônjuges²⁶⁰.

Quanto aos deveres propriamente ditos, o dever de respeito entre os cônjuges é a proibição de lesar a honra do outro cônjuge. Mas também representa um reflexo da tutela geral da personalidade, prevista no art. 70º nº 1 da CRP, física e moral. Na medida em é defeso aos cônjuges violarem os direitos e liberdades pessoais um do outro²⁶¹.

O dever de fidelidade representa a fidelidade física dos cônjuges, na medida em que tem o objetivo de impedir o adultério. Mas também se apresenta como um dever de fidelidade moral, que impede que qualquer um dos cônjuges mantenha relação amorosa, sem sexo, com outra pessoa²⁶².

O dever de coabitação representa a premissa de “comunhão de mesa, leito e habitação”. A comunhão de mesa refere-se à uma vida económica partilhada entre os cônjuges, trata-se da comunhão de vida económica entre os cônjuges. Já a comunhão de leito representa a vida partilhada na cama, ou seja, a prática de atos sexuais²⁶³. E a comunhão de habitação representa a convivência dos cônjuges na

²⁵⁹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 456.

²⁶⁰ LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 227-229.

²⁶¹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 457-458.

²⁶² DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 459. PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 350-351.

²⁶³ Neste sentido a tese de Doutoramento do Professor Jorge Duarte Pinheiro, em que o autor defende que “os cônjuges estão reciprocamente vinculados a deveres jurídicos de índole sexual, que são inderrogáveis e conferem identidade própria ao casamento. Estes deveres, cuja particularidade se coaduna com a aplicação da garantia comum, formam o núcleo intangível da comunhão conjugal, numa visão que, acreditando no Direito Matrimonial enquanto disciplina jurídica, privilegia o aspecto

mesma casa, na casa de morada da família, com a adoção da residência de família, conforme o disposto no art. 1673º do CCP²⁶⁴.

O dever de cooperação está subscrito no art. 1674º do CCP, compreende a obrigação de socorro e auxílio mútuo dos cônjuges e a obrigação de assumirem em conjunto as responsabilidades referentes à família que fundaram. E o art. 1675º do CCP define o dever de assistência como a obrigação do cônjuge de prestar alimentos e contribuir para os encargos da família.

Até o advento da Lei nº 61/2008 a violação culposa dos deveres conjugais era causa para o divórcio, porém esta culpa foi eliminada com o fundamento para o pedido²⁶⁵. Pois o divórcio atualmente não é uma sanção, mas sim representa a constatação da ruptura do casamento²⁶⁶.

Contudo, a violação culposa dos deveres conjugais poderá acarretar a responsabilidade civil. Jorge Duarte Pinheiro afirma que a violação dos deveres conjugais, independente do divórcio ou da separação de pessoas e bens, poderá acarretar a responsabilidade civil nos termos do art. 483º e seguintes do CCP. Diante da verificação dos pressupostos do dever de indenizar, pois o casamento conforme afirma o autor “não cria uma área de exceção”²⁶⁷.

Ainda o mesmo autor assente que os critérios comuns de culpa deverão ser aplicados aos deveres conjugais. A dificuldade é sobre a delimitação dos danos indenizável, principalmente quando não patrimoniais, devendo sempre ser adotada a concepção da causalidade adequada prevista no art. 563º do CCP²⁶⁸.

Em posição oposta Carlos Pamplona Corte-Real afirma que o casamento é um mero projeto coexistencial, resultante do direito de igualdade entre os cônjuges. Diante do livre poder de decisão dos cônjuges, e pela interpretação da nova lei do divórcio que eliminou a culpa como requisito para sua obtenção, os deveres conjugais não são mais obrigatórios na vivência conjugal. O casamento é livre, é um projeto de vida acordado e estruturado ao longo da vida, que não pode estar regido

peçoal perante o patrimonial” (DUARTE PINHEIRO, Jorge. O núcleo intangível da comunhão conjugal: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 763).

²⁶⁴ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 457-461-462.

²⁶⁵ O instituto do divórcio será plenamente abordado no tópico nº 4.4.

²⁶⁶ ARAÚJO DIAS, Cristiana M. Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

²⁶⁷ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 478.

²⁶⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 478-479.

para nada além da tutela inerente aos princípios gerais de direito, como por exemplo a boa-fé, o enriquecimento sem causa ou o abuso de direito²⁶⁹.

Refere ainda o autor que atualmente “a aberração da manutenção na lei civil dos deveres conjugais é mais evidente, porque a já referida Lei nº 61/2008 acabou com o divórcio-sansão baseado na culpa e acolheu o divórcio fracasso ou constatação da ruptura”. Os arts. 1790º e 1792º do CCP demonstram a erradicação da culpa por descumprimento de tais “deveres”, o que torna a manutenção de tais deveres na lei civil incompreensível. Argumenta o autor que o legislador não teve “coragem” de eliminar formalmente os deveres conjugais do ordenamento jurídico, “reconhecendo que a comunhão plena de vida conjugal é um espaço de gestão livre e bicéfala, não sendo legítimo impor-se num campo tão marcadamente intimista a referência a vinculações imperativas”²⁷⁰.

Portanto, os deveres conjugais em Portugal não são mais exigíveis no casamento, porque trata-se primeiramente de uma comunhão plena de vida baseada na liberdade dos cônjuges, que poderão decidir realizá-las como entenderem conveniente, porque representam na verdade deveres programáticos. E também porque a Lei do Divórcio eliminou a culpa como causa de divórcio. Sendo assim, não há mais em que se falar em imperatividade dos deveres conjugais, nem a possibilidade de responsabilização civil pelo seu descumprimento.

No Brasil também com o casamento são estabelecidos deveres conjugais, o art. 1566 do CCB determina que “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos”.

Contudo, a maioria da doutrina defende que a violação de qualquer um destes deveres não acarreta responsabilização civil²⁷¹, pois são normas de comportamento

²⁶⁹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 130-131. Neste sentido também SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE (Director Científico), FERNANDO, Paula, OLIVEIRA, Patrícia. O novo regime jurídico do divórcio em avaliação. Coord. Conceição Gomes. Centro de Estudos Sociais: Universidade de Coimbra, 2010, p. 16.

²⁷⁰ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Relance crítico sobre o Direito de Família português. In: Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho. Coord. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 117.

²⁷¹ Neste sentido: CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 284; MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 179; LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142; DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 253.

entre os cônjuges, representando apenas deveres programáticos para o casamento²⁷².

Maria Berenice Dias afirma que a obrigação conferida aos cônjuges de respeitarem os deveres conjugais trata-se de intervenção do Estado no âmbito da família. Refere que o Estado “com sua onipotência, olvida que são pactos íntimos que ligam duas pessoas”. Pois esta ingerência estatal é nitidamente desnecessária, visto que nas relações conjugais “há uma total interpenetração entre direitos e deveres”. O eventual descumprimento dos deveres conjugais não afeta a existência, validade ou eficácia do casamento, nem mesmo gera qualquer possibilidade de reparação civil, pois tratam-se de deveres meramente programáticos²⁷³.

Sendo assim, também no Brasil, os deveres conjugais não possuem obrigatoriedade no casamento, garantindo aos cônjuges a liberdade de autoregulamentação de suas vidas, sem haver qualquer possibilidade de reparação civil pelo seu descumprimento. Porque, na medida em que o casamento tem sua base fundamentadora no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na autonomia da vontade, os deveres conjugais se mostram como normas programáticas. Pois são os cônjuges que estabeleceram sua vivência diária, acordando e renovando sua comunhão plena de vida, como desejarem. Porque na verdade os deveres que se aplicam ao casamento são os princípios gerais de Direito, como a boa-fé ou a proibição ao enriquecimento ilícito, sendo que a não observância destes princípios que poderá acarretar algum tipo de responsabilização civil, nos termos do art. 1792º do CCP.

4.1.3 O casamento entre pessoas do mesmo sexo: a eliminação do requisito de heterossexualidade

Como bem explicitamos anteriormente a família atualmente dever ser compreendida como um núcleo tendencialmente efetivo e de virtual perdurabilidade, pela relevância social e publicidade do vínculo. A noção de união heterossexual perde sentido diante deste conceito apresentado, pois o que importa é a vontade dos indivíduos permanecerem unidos, independente da opção sexual de cada um.

²⁷² MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 179.

²⁷³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 252-253.

O direito de igualdade é garantido nas constituições do Brasil e de Portugal. A CRP prevê em seus arts. 9º e 13º o princípio da igualdade e da não discriminação por orientação sexual. Assim como a CFB garante em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, não sendo permitida qualquer forma de discriminação.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 20º prevê a igualdade perante a lei, porque conforme afirma Ricardo Leite Pinto “a igualdade jurídica afirma-se como sujeição de todas as pessoas a uma única e mesma lei sem consideração por qualquer privilégio ou diferenciação”. Na medida em que o princípio da igualdade representa o princípio da proibição de desigualdade, pois “a igualdade jurídica e a não discriminação são as duas faces da mesma moeda”²⁷⁴.

Nesta esteira também o art. 9º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, prevê o direito de contrair casamento e de constituir família, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porque, conforme afirma Carlos Pamplona Corte-Real, o direito de contrair casamento traz em sua essência a comunhão plena de vida entre duas pessoas, sendo este o núcleo essencial do casamento, independente do sexo dos envolvidos²⁷⁵.

Por isso que, diante do princípio da igualdade e da não discriminação por opção sexual, o casamento não pode mais ser visto somente pelo viés da heterossexualidade. Pois o casamento representa a união entre duas pessoas que pretendem manter uma comunhão plena de vida, permeada pelo tendencial afeto entre ambas, pela virtual perduralidade do vínculo, representado por um fato socialmente relevante, independe do sexo dos envolvidos. Neste sentido, se mostra relevante a análise de como os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil enquadram estas situações.

4.1.3.1 O casamento entre as pessoas do mesmo sexo em Portugal: breve análise da Lei nº 9/2010

Originalmente o art. 1577º do CCP asseverava que “o casamento é contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família

²⁷⁴ LEITE PINTO, Ricardo. ARTIGO 20º. Igualdade perante a lei. In: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Lisboa: Almedina, 2012, p. 255-259.

²⁷⁵ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos; PEREIRA, José Silva. ARTIGO 9º. Direito de contrair casamento e de constituir família. In: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Lisboa: Almedina, 2012, p. 130-131.

mediante uma plena comunhão de vida”. E ainda em seu art. 1628º e) determinava que o casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo era juridicamente inexistente.

Neste cenário, Gomes Canotilho e Vital Moreira assentiam que o art. 36º da CRP compreendia dois direitos autônomos: o de constituir família e o de contrair casamento em plenas condições de igualdade. Garantindo assim um alargamento de entidades familiares constitucionalmente protegidas, como a união de facto e as famílias monoparentais. Referiam que as uniões homossexuais, pela proibição de discriminação em razão de orientação sexual, deveriam ser entendidas como comunidades de existência familiar²⁷⁶.

Contudo, referiam que o reconhecimento de entidades familiares diversas daquelas formadas pelo casamento heterossexual pela CRP, não garantia o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porque, conforme os autores o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da liberdade e da autonomia individual, assim como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a proibição de discriminação em razão de orientação sexual, garantem o direito individual de cada pessoa de viver em comunhão de vida com quem desejar. Mas não seria possível retirar da CRP um reconhecimento direto e obrigatório ao casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁷⁷.

Neste sentido, Carlos Pamplona Corte-Real afirmou que esta posição apresentada refletia um sentido historicista e heterossexual, na medida em que não se demonstrava a legibilidade do conceito. Assentia que diante do que referem Gomes Canotilho e Vital Moreira “a Constituição seria neutra (?) no tocante à noção de casamento, pelo que caberia ao legislador ordinário recortar o instituto como bem entendesse...”²⁷⁸.

O autor ainda refere que “a modelação sexual do casamento é, sempre será, livre e personalizadamente feita por cada casal, seja ou não heterossexual”. Porque

²⁷⁶ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 567.

²⁷⁷ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 568.

²⁷⁸ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, MOREIRA, Isabel, DUARTE D’ALMEIDA, Luís. O casamento entre pessoas do mesmo sexo: Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20-21. Ver também PAMPLONA CORTE-REAL, CARLOS. Homoafectividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 24-38.

casamento não é sinónimo de procriação, e envolve apenas a comunhão plena de vida entre os cônjuges. O casamento não pode ser visto somente sob o viés heterossexual, pelo princípio da igualdade previsto no art. 13º da CRP, mas também “como um instrumento do direito ao desenvolvimento, coerente e inerente, da personalidade de cada parceiro e, no respeito pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, necessariamente salvaguardadas num Estado de Direito Democrático, com garantes dos valores da dignidade pessoal e da liberdade”²⁷⁹.

O casamento não possui finalidade procriacional, pois os cônjuges são livres para seguir sua vida como bem entenderem, não havendo qualquer proibição para o casamento de pessoas que não podem ter filhos. Assim como não existe limite legal de idade para a celebração do casamento. Da mesma maneira, não deverá haver qualquer impedimento para a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois o único propósito desta união é a comunhão plena de vida²⁸⁰.

Sendo assim, diante da proibição ao casamento homoafetivo e pela taxatividade legal da lei portuguesa que permitia o casamento somente entre pessoas de sexo diferentes, duas mulheres que desejavam unir-se em matrimónio, suscitaram a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais mencionados, perante a 7ª Conservatória do Registro Civil de Lisboa, com base no direito fundamental de constituir família presente no art. 36º nº 2 da CRP, e no princípio da igualdade, que proíbe a discriminação em virtude de orientação sexual, contido no art. 13º da CRP. Contudo, tal pretensão lhes foi negada²⁸¹. Da decisão denegatória recorreram ao

²⁷⁹ PAMPLONA CORTE-REAL, CARLOS. Da índole pretensamente heterossexual do instituto do casamento. In: Estudos em memória de Teresa de Lemos. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2007, p. 84.

²⁸⁰ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 73-74.

²⁸¹ CASAMENTO; UNIÃO DE FACTO; FAMÍLIA; PRINCÍPIO DA IGUALDADE; LIBERDADE CONTRATUAL; CONTRATO; NORMA IMPERATIVA; ORDEM PÚBLICA. Sumário: I-A Constituição da República Portuguesa não consagra um direito dos homossexuais a contrair casamento. II- O casamento não é a única forma de constituir família; as uniões de facto, registadas ou não, entre pessoas do mesmo sexo são também uma forma de constituir família. III- O artigo 36.º da Constituição Política consagra dois direitos (e não um só): o direito de constituir família e o direito a contrair casamento, não sendo, portanto, correcta a afirmação de que, à face da lei portuguesa, os homossexuais não podem constituir entre si uma relação familiar. IV- O artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração. V- Ao autonomizar o casamento, o legislador constitucional revelou implicitamente não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa e a lei portuguesa considera integrativo do seu núcleo essencial a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente (artigo 1577.º do Código Civil) considerando juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo (artigo 1628.º ,alínea e) do Código Civil). VI- O princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do Código Civil não é um princípio absoluto: o

Tribunal Constitucional, que entendeu não haver ofensa ao princípio constitucional da igualdade, encerrando o processo²⁸².

Posteriormente, com a publicação da Lei 9/2010, de 31 de Maio, que foi inclusive objeto de Pedido Presidencial de Fiscalização Preventiva de Constitucionalidade²⁸³, o Tribunal Constitucional entendeu não haver qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional e a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois a CRP não possui qualquer proibição ou imposição a este tipo de casamento.

A referida lei possui cinco artigos. O art. 1º determina que será permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O art. 2º alterou o art. 1577º do CCP, que passou a ter a seguinte redação: “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, e também alterou os arts. 1591º²⁸⁴ e 1690º do CCP²⁸⁵.

O art. 3º da Lei 9/2010 originalmente negava a admissibilidade legal da adoção para as pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. Contudo, teve sua redação alterada pela Lei 2/2016, de 29 de Fevereiro, que garantiu o seguinte: “1. O regime introduzido pela presente lei implica a admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2. Nenhuma disposição legal ou regulamentar em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior”. Sendo assim, atualmente é plenamente cabível a coadoção para as pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

O art. 4º da Lei 9/2010 revogou o art. 1628º e) do CCP, que considerava inexistente o casamento entre pessoas do mesmo sexo passando a permitir plenamente o casamento entre pares do mesmo sexo, em plenas condições de

próprio preceito prescreve que a faculdade de celebrar contratos e de fixar livremente o respectivo conteúdo deve exercer-se “dentro dos limites da lei”. VII- Um dos campos em que avultam restrições ao princípio da liberdade de contratar é exactamente o campo do direito de família, área em que predominam normas imperativas e interrogáveis por vontade das partes, resultando tal circunstância do interesse público atinente à vida familiar, constituindo relevante restrição a que resulta precisamente dos artigos 1577.º e 1628.º, alínea e) do Código Civil. (TRL, Processo nº 6.284/2006-8, Relator Pedro Lima Gonçalves, Data do acórdão: 15/02/2007).

²⁸² Acórdão nº 358/2009, do Tribunal Constitucional, de 08/07/2009.

²⁸³ Acórdão nº 121/2010 do TC, de 28/04/2010.

²⁸⁴ O art. 1591º do CCP passou a ter a seguinte redação: “O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal”.

²⁸⁵ O art. 1690º passou a ter a seguinte redação: “1 - Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro”.

igualdade. A nova lei ainda determinou, em seu art. 5º, que todas as disposições legais sobre casamento e seus efeitos devam ser interpretadas em consonância com o casamento entre pessoas de sexo diferente.

Neste sentido Jorge Duarte Pinheiro refere que a Lei 9/2010 ao limitar-se a alterar apenas quatro artigos do CCP, demonstrou “uma atitude algo comodista, que, além de deixar uma imagem de leviandade, é susceptível de originar insegurança”. Na medida em que o art. 5º trata-se de um grande potencial para criar maiores problemas e possível de originar insegurança²⁸⁶.

Mas, a adequação do casamento entre pessoas do mesmo sexo ao regime jurídico do casamento entre pessoas de sexo diferente é perfeitamente cabível, pois aplicam-se as normas relativas à este com as devidas adequações. Existem igualmente as formalidades legais prévias, ou seja, o processo preliminar de casamento, bem como as formalidades da cerimônia e registro. Pois o regime civil do casamento deverá ajustar-se para compatibilizar suas normas com o casamento entre cônjuges do mesmo sexo. A possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo não atinge a essência do casamento, trata-se de uma inovação que permite o acesso ao casamento de pessoas que antes não poderiam unir-se perante a lei²⁸⁷.

Assim, Jorge Duarte Pinheiro assente que “altera uma tradição jurídica milenar no Direito Matrimonial e representa um reforço da construção dos direitos da personalidade”. A eliminação do requisito de heterossexualidade para o acesso ao casamento garantiu uma forma de comunhão e organização de vida para pessoas, que também possuem o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito de constituir família²⁸⁸.

²⁸⁶ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O estatuto do cidadão homossexual no direito de família: O lugar de Portugal no movimento internacional. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. 1. Coimbra Editora, 2013, p. 387-388; DUARTE PINHEIRO, Jorge. A quarta revolução matrimonial? O casamento entre pessoas do mesmo sexo. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 125.

²⁸⁷ DUARTE PINHEIRO, Jorge. A quarta revolução matrimonial? O casamento entre pessoas do mesmo sexo. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 127-129.

²⁸⁸ DUARTE PINHEIRO, Jorge. A quarta revolução matrimonial? O casamento entre pessoas do mesmo sexo. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 130.

Nesta esteira, que o casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal atualmente é perfeitamente cabível, em consonância com o princípio da igualdade, do direito fundamental de constituir família, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia da vontade daqueles que desejam casar-se com pessoa do mesmo sexo. Por isso que o casamento entre pessoas do mesmo sexo representa a liberdade de autodeterminação dos indivíduos, em traçar suas próprias vidas como julgarem adequado.

4.1.3.2 As uniões homoafetivas no Brasil: omissão legislativa e ativismo judicial

Contudo, no Brasil a situação é diferente de Portugal, pois o casamento homoafetivo²⁸⁹ ainda não foi tipificado pela legislação existente²⁹⁰. Não existe proibição, mas também nenhum tratamento específico para o tema. O único dispositivo legal que suscita proibição da união homoafetiva é o art. 1723 do CCB que regulamenta a união estável e estabelece que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Neste sentido, Maria Berenice Dias assevera que a proibição e falta de legislação sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil afronta o princípio da igualdade previsto na CFB. Porque a CFB proíbe a discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade ou qualquer outra forma de discriminação expressamente em seu art. 3º, IV. Trata-se do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e dos princípios da igualdade e da liberdade. A norma constitucional do art. 226 é inclusiva, apenas podendo excepcionar as relações homoafetivas como entidades familiares se houvesse previsão expressa para isto. Pois “não assegurar garantias nem outorgar direitos às uniões de pessoas do

²⁸⁹ Expressão utilizada pela doutrina brasileira para determinar a união entre casais do mesmo sexo, porque o termo afetivo retira o caráter sexual que possui a palavra homossexual, demonstrando a prevalência da afetividade entre estes casais.

²⁹⁰ Tramita no Senado Federal Brasileiro o Projeto de Lei nº 612, de 2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que tem como objetivo alterar os arts. 1723 e 1726 do CCB para permitir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 08/03/2017.

mesmo sexo infringe o princípio da igualdade, escancarando postura discriminatória ao livre exercício da sexualidade”²⁹¹

Diante da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão inédita²⁹², julgou procedente ação, com efeito *erga omnes* e vinculante, para que o art. 1.723, do CCB, seja interpretado em consonância com a CFB, reconhecendo como entidade familiar a relação pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, sendo sinônimo de “família”.

Nesta esteira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com fundamento na dignidade da pessoa humana, no princípio da liberdade, igualdade e solidariedade, admitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois “a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento”²⁹³.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Resolução nº 175/2013²⁹⁴, para que todos os cartórios brasileiros promovessem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, mesmo diante da omissão legislativa, no Brasil, é permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo em plenas condições de igualdade²⁹⁵.

Neste sentido, Marianna Chaves refere que, diante da omissão do Poder Legislativo brasileiro em legislar sobre um tema tão importante como as uniões homoafetivas, o Poder Judiciário foi chamado para atender “a demandas da sociedade que não puderam ou não quiseram ser cumpridas pelo Legislativo em searas de grande repercussão, como foi o caso das uniões homoafetivas”²⁹⁶. Assente que:

Não se pode dizer, em momento algum, com razoabilidade que o Judiciário usurpou o que era tarefa do Legislativo. O Judiciário simplesmente agiu,

²⁹¹ DIAS, Maria Berenice. A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da justiça. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 11-13.

²⁹² STF, Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJe 14/10/2011.

²⁹³ STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

²⁹⁴ A Resolução nº 175/2013, do CNJ, determina em seu art. 1º: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

²⁹⁵ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 178-179.

²⁹⁶ CHAVES, Marianna. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 746.

enquanto o Legislativo se fingia de morto e sonegava direitos a uma imensa parcela dos cidadãos brasileiros²⁹⁷.

Existem inúmeros projetos de lei tramitando perante o Poder Legislativo que buscam regulamentar as uniões homoafetivas desde 1995, contudo até hoje nenhum deles foi aprovado. Sendo assim o Poder Judiciário foi chamado pela via processual para se manifestar sobre a questão, contudo os magistrados não possuem a faculdade de se manifestar ou não sobre o tema. Na verdade o que se discute, foi o ativismo judicial²⁹⁸ do STF ao decidir sobre tema que deveria ser abordado pelo Poder Judiciário, se estaria afrontando o princípio da separação dos poderes²⁹⁹.

Sendo assim, Marianna Chaves argumenta que o eventual ativismo judicial nesta decisão do STF é justificado pela omissão legislativa em relação à questão das uniões homoafetivas. Assevera que “deve-se fazer uso do ativismo judicial apenas em último caso, mas, na situação em tela, nada mais parecia poder ser feito”, pois estavam sendo desrespeitados e sonegados direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, pois o maior papel do STF é a promoção e proteção dos direitos fundamentais de todos³⁰⁰.

Portanto, o STF, por possuir responsabilidade institucional e o poder de proteger as minorias contra abusos de grupos majoritários, ou ainda contra omissões praticadas pela maioria contra a minoria, mostra-se relevante e plenamente

²⁹⁷ CHAVES, Marianna. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 746.

²⁹⁸ Luís Roberto Barroso ensina o seguinte sobre o ativismo judicial: “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 08 de mar. de 2017).

²⁹⁹ CHAVES, Marianna. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 750.

³⁰⁰ CHAVES, Marianna. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 752-753.

pertinente a decisão que concedeu direitos às uniões homoafetivas³⁰¹. Por fim a autora assegura que

Assim, não há como se contestar a legitimidade jurídico-constitucional da decisão proferida pela Corte constitucional brasileira, que se traduz em um prestígio pela Lei Fundamental e pelos princípios nela insculpidos, e na materialização do verdadeiro Estado Democrático de Direito³⁰².

Assim, mesmo diante da omissão legislativa brasileira no que diz respeito às uniões homoafetivas, o casamento entre pessoas do mesmo sexo atualmente é permitido pela interpretação dos tribunais, e pelo ativismo judicial praticado pelos magistrados, na medida em que buscou-se potencializar a CFB, para cumprir o pressuposto da dignidade da pessoa humana, baseado nos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade.

Por isso, mesmo no silêncio e inércia do legislador, o STF cumpriu o seu papel e garantiu igualdade de tratamento aos casais homoafetivos.

4.2 A união estável no Brasil e a união de facto em Portugal

A união entre duas pessoas, em comunhão plena de vida, independente do vínculo matrimonial e com objetivo de constituir família já existe desde os primórdios da civilização. O Direito Romano nomeou este tipo de relação de concubinato, uma forma de convivência conjugal sem o vínculo matrimonial.

No atual regime vigente o ordenamento jurídico português nomeou estas relações de união de facto, enquanto no Brasil denominou-se união estável. A união não matrimonializada nada mais é do que a comunhão plena de vida, assim como o casamento, sem as formalidades exigidas para a perfeição do mesmo.

³⁰¹ CHAVES, Marianna. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 752-753.

³⁰² CHAVES, Marianna. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº2, p. 754.

4.2.1 Âmbito de proteção da união de facto enquanto relação jurídica familiar em Portugal

A união de facto, diferente do casamento, é uma realidade fática capaz de produzir efeitos jurídicos, e pode ser conceituada como uma “união coexistencial geradora de efeitos jurídicos”, conforme ensina Carlos Pamplona Corte-Real³⁰³. Trata-se de uma situação em que as pessoas vivem como se casadas fossem, embora sem as formalidades do casamento e intervenção do Estado.

A união de facto foi admitida pela primeira vez em Portugal com a Lei n° 135 de 1999³⁰⁴, que adotou medidas de proteção à este instituto jurídico. Posteriormente a Lei n° 7, de 31 de Maio de 2001, admitiu a aplicação do regime jurídico da união de facto para as pessoas que viviam em união com outra do mesmo sexo.

Em 2010, com o advento da Lei n° 23/2010 (LUF) a união de facto recebeu uma maior proteção à nível ordinário. A referida lei em seu art. 1º define a união de facto como: “a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

Trata-se de uma comunhão plena de vida análoga à dos cônjuges, expressada pela comunhão de cama, leito e habitação³⁰⁵, como se as pessoas fossem casadas. Contudo, sem o vínculo formal que é pressuposto do casamento, pois se estabelece independente de qualquer celebração civil³⁰⁶. Se aproxima do casamento na medida em que ambos são situações de coexistência e convivência.

Mas a união de facto, somente será protegida depois de transcorrido o prazo legal de dois anos de coabitação, mediante a obtenção das provas legalmente exigidas conforme determina o art. 2º-A da LUF³⁰⁷. O fato de viverem em situação

³⁰³ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 147.

³⁰⁴ A referida lei não criou um regime unitário para a união de facto, limitou-se a reunir medidas existentes, salvaguardando a legislação que já lhe concedia proteção jurídica (LOBO XAVIER, RITA. O “estatuto privado” dos membros da união de facto. In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, n° 338 – maio/agosto 2015. Braga: Empresa do Diário do Minho, p. 285).

³⁰⁵ Hugo Cunha Lança ainda refere que para a caracterização da união de facto, que é necessária a ampla publicidade da relação, na medida em que seria exigível uma “coabitação notória” (LANÇA, Hugo Cunha. Dormir com alguém, acordar com o Estado: reflexão sobre a lei da união de facto. In: Revista de Ciências Empresarias e Jurídicas, n° 24– Instituto Superior de Contabilidade e Administração. Porto, 2014, p. 197-198)

³⁰⁶ CRUZ ALMEIDA, Gerado da. Da união de facto: convivência more uxório em direito internacional privado. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999, p. 78-84.

³⁰⁷ O art. 2º-A da Lei 23/2010 assim determina: “Prova da união de facto: 1 - Na falta de disposição legal ou regulamentar que exija prova documental específica, a união de facto prova-se por qualquer

como se fossem casados, apresenta uma situação externa de casamento para terceiros, razão pela qual, este instituto merece adequada regulamentação jurídica³⁰⁸.

A CRP garante em seu art. 36º nº 1 o direito de constituir família e contrair casamento em plenas condições de igualdade. O preceito constitucional em questão apresenta dois direitos: o direito de constituir família e o direito ao casamento. O princípio de direito ao casamento traduz a ideia de que todos tem direito à celebração do matrimônio, sem distinção de raça, nacionalidade ou religião, sendo esta liberdade condicionada à interesses de ordem pública, traduzidos pelos impedimentos matrimoniais. O segundo direito expresso traduz o direito de constituir família, demonstra a proteção constitucional à família, seja ela formada pelo casamento ou pela união de facto. Também o nº4 do referido artigo protege os filhos nascidos fora do casamento, mas não fora da família, demonstrando que a família não se reduz ao casamento, havendo uma clara diferença entre o direito de constituir família e o direito ao casamento³⁰⁹.

A CRP claramente não identifica a família com o casamento, pois não é a única forma de constituir família, estamos diante de um conceito constitucional aberto, podendo a união de facto ser plenamente inserida nesta realidade. Não há como considerar que o conceito constitucional de família abrange somente a família constituída pelo casamento, diante da evidente abertura constitucional que garante

meio legalmente admissível. 2 - No caso de se provar a união de facto por declaração emitida pela junta de freguesia competente, o documento deve ser acompanhado de declaração de ambos os membros da união de facto, sob compromisso de honra, de que vivem em união de facto há mais de dois anos, e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um deles. 3 - Caso a união de facto se tenha dissolvido por vontade de um ou de ambos os membros, aplica-se o disposto no número anterior, com as necessárias adaptações, devendo a declaração sob compromisso de honra mencionar quando cessou a união de facto; se um dos membros da união dissolvida não se dispuser a subscrever a declaração conjunta da existência pretérita da união de facto, o interessado deve apresentar declaração singular. 4 - No caso de morte de um dos membros da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia atesta que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido, à data do falecimento, e deve ser acompanhada de declaração do interessado, sob compromisso de honra, de que vivia em união de facto com o falecido há mais de dois anos, à mesma data, de certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado e de certidão do óbito do falecido.

³⁰⁸ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 52. DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 714.

³⁰⁹ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 561; DUARTE, David José Peixoto. Perspectivas constitucionais da família. In: Traços da família portuguesa. Direcção-Geral da Família, 1994. p. 94-95; CARVALHO, Telma. A união de facto: a sua eficácia jurídica. In: Comemorações aos 35 anos do Código Civil e da e dos 25 da Reforma de 1997, Vol. I – Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 223-224.

proteção às uniões não matrimonializadas, pois é família, assim como o casamento³¹⁰.

Também o art. 9º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que prevê o direito de contrair casamento e de constituir família, determina que “o direito de contrair casamento e de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo direito”. Neste sentido, Carlos Pamplona Corte-Real afirma que o direito de contrair casamento está dissociado do direito de constituir família, “o que evidencia claramente não haver uma conexão necessária entre o direito de constituir família e o instituto do casamento”. Porque, conforme já discurremos anteriormente, o que determina uma família é o tendencial afeto existente entre seus membros e a virtual perdurabilidade do vínculo, marcada por um fato socialmente relevante que demonstre sua publicidade, no caso da união de facto é marcada pela convivência pública e douradora, em condições análogas às dos cônjuges. Por isso que podemos afirmar que são reconhecidas como relações jurídicas familiares as uniões de facto, porque o casamento não é fonte exclusiva familiar³¹¹.

Alguns autores portugueses³¹², que defendem a taxatividade do art. 1576º do CCP, sustentam que a união de facto não é uma relação jurídica familiar por não estar presente como tal no artigo em questão. Castro Mendes sustentava que mesmo que o art. 36º da CRP faça clara distinção entre a constituição de família e o casamento, ainda sim não há de se considerar a união de facto como uma relação

³¹⁰ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 561. DUARTE, David José Peixoto. Perspectivas constitucionais da família. In: Traços da família portuguesa. Direcção-Geral da Família, 1994. p. 94-95.

³¹¹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos; PEREIRA, José Silva. ARTIGO 9º. Direito de contrair casamento e de constituir família. In: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Lisboa: Almedina, 2012, p. 132-133.

³¹² Antunes Varela também defende que a união de facto não poderá ser considerada uma relação jurídica familiar porque “entre as pessoas que vivam em regime de pura mancebia, nenhum dos deveres pessoais que lei impõe aos cônjuges, nem qualquer dos direitos ou deveres patrimoniais próprios das pessoas casadas. A união concubinária, distinguindo-se da união matrimonial precisamente por essa falta de tecido injuntivo, não constitui portanto uma forma de organização familiar” (ANTUNES VARELA, DF. Direito da família, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, p. 33). E também Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos defendem que “A união de facto não é, em Direito português, relação familiar. Não é regulada de modo semelhante ao casamento, embora produza alguns efeitos de Direito. Nem é considerada um outro vínculo jurídico familiar” (LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. Lições de Direito da Família, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 25).

jurídica familiar porque “não cria nenhum estatuto pessoal, já que os sujeitos continuam solteiros”³¹³.

Neste sentido, Guilherme de Oliveira assente que “a união de facto deve continuar a ser não jurídica”, porque os unidos de facto podem não desejar uma regulamentação jurídica extensa em sua vida, por isso não optaram pelo casamento³¹⁴. Porque não devem ser introduzidos efeitos imperativos em áreas privadas de seus membros, pois estes optaram pela união de facto e deverão ser livres para organizar-se³¹⁵.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira classificam a união de facto como uma relação parafamiliar, por não estar elencada no rol do art. 1576º do CCP³¹⁶. Assentem que o art. 36º, nº1 da CRP não se refere à união de facto, mas sim diz respeito à filiação, no sentido de que o direito de constituir família traduz o direito à procriar e à estabelecer as relações correspondentes de filiação, de maternidade e paternidade³¹⁷. Defendem que a união de facto, embora não abrangida pela CRP, é abrangida pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade³¹⁸ previsto em seu art. 26º, na medida em que a união de facto representa a uma manifestação ou forma de exercício deste direito³¹⁹.

³¹³ CASTRO MENDES, João de. Direito da Família, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Asfdl, 1990/1991, p. 14-15.

³¹⁴ Neste sentido Nuno de Salta Sid defende um “direito de não contrair casamento”, que segundo o autor é “uma dimensão ou vertente negativa do direito de contrair casamento, é na verdade e apenas o direito de se negar a contrair casamento, o direito de não ser forçado a casar-se, um direito que não exerce apenas quem opta por viver em união de facto, mas também quem opta por manter-se solteiro, divorciado ou viúvo”. Defende que “os direitos e deveres recíprocos dos cônjuges não devem, pois, abranger os unidos de facto” (SALTER CID, Nuno de. Sobre o direito de não contrair casamento. In: Família, consciência, secularismo e religião – Org. Centro de direito da Família e lus Gentium Conimbrigae Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coord. Guilherme de Oliveira, Jónatas Machado, Rosa Martins. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 280-281).

³¹⁵ OLIVEIRA, GUILHERME DE. Notas sobre a Lei nº 23/2010 de 30 de agosto (alteração à lei das uniões de facto). In: Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 7, nº14. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 140. Neste sentido também Hugo Cunha Lança sustenta que “não conseguimos encontrar uma motivação bastante que justifique a existência de um regime legal que proteja quem vive em união de facto, quando estes não procuram – ou tentam mesmo evadir-se a esta proteção legal (LANÇA, Hugo Cunha. Dormir com alguém, acordar com o Estado: reflexão sobre a lei da união de facto. In: Revista de Ciências Empresarias e Jurídicas, nº 24– Instituto Superior de Contabilidade e Administração. Porto, 2014, p. 183).

³¹⁶ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 35.

³¹⁷ Neste sentido Nuno de Salta Sid refere o seguinte: “o direito constitucional de constituir família não fundada no casamento seria, pois, e tão-só, o direito de procriar e de estabelecer as correspondentes relações jurídicas de filiação e o direito de adoptar, constituindo, assim, uma ou mais relações jurídicas familiares. Não nos parece que o legislador constituinte tenha querido contemplar a união de facto no art. 36º, nº1, da CRP” (SALTER SID, Nuno de. A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito. Coimbra: Almedina, 2005, p. 506).

³¹⁸ Neste sentido Rita Lobo Xavier argumenta que “o enquadramento constitucional da união de facto deve ser completado com referência ao princípio da proteção da união de facto decorrente do direito

Contudo, mesmo que o art. 1576º do CCP não inclua a união de facto como relação jurídica familiar, a instituição familiar está constitucionalmente protegida pelos arts. 36º e 67º da CRP. Pois a família não poderá estar sujeita à legislação ordinária para defini-la, porque é a legislação ordinária que deve obedecer a CRP, não o contrário. Deste modo, consideramos que a família constitucionalmente protegida não é somente aquela definida no CCP, mas sim que a união de facto poderá ser incluída como relação jurídica familiar, conforme interpretação do art. 36º nº 1 da CRP³²⁰.

Sendo assim, Telma Carvalho assente que não há como deixar de considerar a união de facto como uma relação jurídica familiar diante do art. 36º da CRP e dos efeitos que vem sido atribuídos à esta união. Afirma que:

Esta qualificação não se deve apenas a uma clara e evidente evolução social apreendida pelo direito, mas também à própria função teleológica da união de facto de comunhão plena de vida, de mesa, leito e habitação, permitindo, tal como no casamento, a realização pessoal do sujeito familiar. A união de facto afasta-se assim das qualificadas relações fortuitas e passageiras, que não se coadunam com a qualificação de relação familiar³²¹.

Portanto, pela correta interpretação do art. 36º nº1 da CRP a união de facto deve ser reconhecida como uma relação jurídica familiar, que à semelhança do casamento, é uma comunhão plena de vida, com objetivo de realização pessoal de cada membro, formando uma família.

Neste sentido, também o Tribunal Constitucional Português considerou “a família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal”³²².

ao livre desenvolvimento da personalidade, reconhecido no art. 26º da CRP”. Porque na verdade, viver em união de facto significa uma livre manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. (LOBO XAVIER, RITA. O “estatuto privado” dos membros da união de facto. In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, nº 338 – maio/agosto 2015. Braga: Empresa do Diário do Minho, p. 290).

³¹⁹ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 56.

³²⁰ ARAÚJO DIAS, Cristina M. Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar. In: In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, 6.v. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 457.

³²¹ CARVALHO, Telma. A união de facto: a sua eficácia jurídica. In: Comemorações aos 35 anos do Código Civil e da e dos 25 da Reforma de 1997, Vol. I – Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 226.

³²² Ac. de 15/12/1998, processo nº 690/98, do TC.

Portanto, conforme afirma Carlos Pamplona Corte-Real, a união de facto é uma relação jurídica familiar para generalidade dos efeitos, merecendo proteção enquanto família. Diante do surgimento da “família de facto”, que é semelhante ao casamento enquanto comunhão plena de vida, a doutrina e a lei buscam uma “dignificação” para este instituto, pela sua jurisdicionalização e garantindo direito aos seus membros³²³. Porque, conforme refere o autor “se o casamento é o acto mais livre e íntimo entre dois seres, não se vê idêntica liberdade e intimidade, também características da união de facto, não justifiquem um tratamento “unitário” e de igual dignidade jurídica”³²⁴.

Em suma, a união de facto é uma relação jurídica familiar, pela interpretação do art. 36º da CRP, que não circunscreve a família somente com casamento, e pelo art. 67º que garante proteção à família. Apesar de o art. 1576º do CCP não incluir a união de facto em seu rol de relações familiares, entendemos que a interpretação deve se dar em consonância com a CRP, neste sentido concluímos que o artigo em questão deve ter interpretação alargada. Portanto, a união de facto é uma relação jurídica familiar e merece a devida proteção jurídica como tal.

4.2.1.1 Virtual aproximação da união de facto ao regime jurídico do casamento

Apesar da legislação em vigor sobre a união de facto, Rita Lobo Xavier refere que este instituto não foi equiparado ao casamento, e que as normas relativas ao casamento não deverão ser aplicadas analogicamente à união de facto. A LUF não determina que se origine um vínculo entre os unidos de facto, bem como não gera um estado civil determinado, nem relações de afinidade. Também os unidos de facto não assumem os deveres conjugais previstos para o casamento e não podem acrescentar os apelidos um do outro. A união de facto é livremente dissolvida, ao contrário do casamento em que é necessário o pedido do divórcio para sua dissolução³²⁵.

³²³ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Direito da Família e das Sucessões (Relatório). Lisboa: Lex, 1995, p. 74.

³²⁴ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 151.

³²⁵ LOBO XAVIER, RITA. O “estatuto privado” dos membros da união de facto. In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, nº 338 – maio/agosto 2015. Braga: Empresa do Diário do Minho, p. 292.

Ainda refere algumas diferenças que impedem que a união de facto seja equiparada ao casamento: a) os efeitos favoráveis da união de facto dependem da invocação pelos unidos de facto para gerar efeitos; b) a união de facto não é impedimento para que um de seus membros case com outra pessoa; c) não há previsão de um regime de bens, bem como um regime de responsabilidade por dívidas; d) não existe a obrigação de solidariedade pós-ruptura, além da proteção concedida à casa de morada em comum; e) no caso de morte, o unido de facto sobrevivente não é herdeiro legal do falecido, apenas possui o direito de habitação na casa de morada em comum e o uso do recheio, também possui direito à transmissão do direito de arrendamento da casa de morada em comum, tem direito à pensão de sobrevivência e direito de exigir alimentos da herança daquele que faleceu³²⁶.

Em relação às diferenças entre a união de facto e o casamento ainda refere que no caso de filhos comuns, não existe a presunção legal de paternidade que existe no casamento, o estabelecimento da paternidade do pai deverá decorrer através da perfiliação. Também os unidos de facto poderão exercer as responsabilidades parentais conjuntamente, sendo que em caso de ruptura aplica-se o regime jurídico do divórcio no que diz respeito à tais responsabilidades³²⁷.

Neste sentido, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira acrescentam que não existe base legal para equiparar a união de facto ao casamento. Porque casamento e união de facto são dois institutos distintos, enquanto no casamento os cônjuges assumem o compromisso de comunhão plena de vida, os membros da união de facto não o assumem, porque não querem ou não podem assumi-lo³²⁸. Afirmam que:

Um tratamento diferente das duas situações, em que as pessoas que vivam em união de facto, não tendo os mesmos deveres, não tenham em contrapartida os mesmos direitos das pessoas casadas, mostra-se assim conforme o princípio da igualdade, que só quer tratar como igual o que é igual e não o que é diferente³²⁹.

³²⁶ LOBO XAVIER, RITA. O “estatuto privado” dos membros da união de facto. In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, nº 338 – maio/agosto 2015. Braga: Empresa do Diário do Minho, p. 292-293.

³²⁷ LOBO XAVIER, RITA. O “estatuto privado” dos membros da união de facto. In: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIV, nº 338 – maio/agosto 2015. Braga: Empresa do Diário do Minho, p. 293.

³²⁸ Nuno de Salter Sid também defende que a união de facto não poderá ser equiparada ao casamento pois “não são situações idênticas à partida nem à chegada e, consequentemente, requerem tratamento diferente” (SALTER SID, Nuno de. A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito. Coimbra: Almedina, 2005, p. 526).

³²⁹ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 57. Neste sentido Francisco Pereira Coelho ainda refere o seguinte: “o modelo individualista moderno

Também Jorge Miranda sustenta que ainda que o art. 36º nº 1 da CRP possa prever o direito de estabelecer união de facto, isto não significa a equiparação ao instituto do casamento, existindo uma ampla liberdade ao legislador ordinário para formular as regras referentes à este instituto. Pois diferente do casamento, que é marcado pela manifestação de vontade formalizada, a união de facto, diante da inexistência de manifestação formal de vontade, poderá a lei exigir um tempo mínimo de convivência para a atribuição de efeitos³³⁰.

Corroborando com a tese apresentada, Telma Carvalho afirma que não se deve considerar a união de facto equiparada ao casamento, não assentindo com a aplicação analógica, em bloco, do regime jurídico do casamento à união de facto. Pois “a união de facto tendencialmente aproxima-se do casamento, não se equiparando a ele, apresenta-se como a criação de uma alternativa ao casamento, no sentido de permitir uma organização jurídica familiar”³³¹

Nesta esteira, Maria Cristina Araújo Dias ainda refere que o princípio que garante proteção às uniões de facto não garante efeitos idênticos ao casamento, nem equipara as duas situações. Pois o tratamento diferenciado garantido à união de facto não viola o princípio da igualdade, na medida em que este apenas proíbe discriminações arbitrárias e sem fundamento. Portanto, afirma que o tratamento diferenciado à união de facto e ao casamento se coaduna, na medida em que os casados assumem o compromisso formalizado de comunhão plena de vida, enquanto os unidos de facto não o assumem, porque não querem ou porque não podem³³².

E ainda, Hugo Cunha Lança refere que a união de facto em Portugal possui um regime híbrido, na medida em que a lei, sem aproximar o regime da união de

aproxima o casamento da união de facto [...] Casamento e união de facto têm vindo na realidade a aproximar-se, não só porque as legislações tendem a dar cada vez mais efeitos à união de facto como porque tendem a dar ao casamento cada vez menos efeitos, a tal ponto que já alguém perguntou com ironia se a evolução em curso não levará a que as pessoas fiquem mais livres se casarem do que se viverem em união de facto...” (PEREIRA COELHO, F. M. Casamento e família no direito português. In: Temas de Direito da Família. Coimbra: Almedina, 1986, p. 15)

³³⁰ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 817-819.

³³¹ CARVALHO, Telma. A união de facto: a sua eficácia jurídica. In: Comemorações aos 35 anos do Código Civil e da Lei dos 25 da Reforma de 1997, Vol. I – Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 224-225.

³³² ARAÚJO DIAS, Cristina M. Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar. In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, 6.v. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 460.

facto ao do casamento, lhe atribui alguns efeitos jurídicos. Trata-se de uma intervenção mínima, com o objetivo de evitar situações injustas e discriminatórias. Trata-se de “uma quase completa equiparação da união de facto ao casamento, como se ambas, da mesma situação se tratasse”³³³.

Mas na verdade não existe significativa diferença entre o casamento e a união de facto que justifique qualquer tratamento diferenciado, pois em ambos os institutos estão presentes os mesmos valores inerentes ao relacionamento entre os cônjuges: a dignidade, a liberdade, a intimidade, o respeito e a boa-fé. Quase se pode afirmar que diante da flexibilidade de construção da vivência conjugal, haveria possibilidade de aproximação dos efeitos do casamento à união de facto³³⁴. Contudo, o ordenamento jurídico português encontra-se longe da equiparação da união de facto ao casamento, mesmo diante da crescente dignificação da união não matrimonializada³³⁵.

Neste sentido, José António de França Pitão refere que na verdade a união de facto pode ser considerada uma “ficção de casamento”. Pois a lei somente atribui relevância, embora pontual, à união de facto se esta “se restringir a uma situação em tudo análoga à dos cônjuges”³³⁶, é óbvio que só se tiverem em conta aqueles casos em que a relação de facto tem um caráter de estabilidade e durabilidade que nos “convença” da sua tendência de perpetuidade”. Porque a lei não atribui qualquer efeitos jurídicos às relações amorosas passageiras ou encontros fugazes, não possuindo estes a características de “em condições análogas à dos cônjuges”. Por isso que se fala que a relação de facto deve ser vista, tanto pelos unidos de facto como por terceiros como uma relação em tudo semelhante ao casamento, em que as pessoas sejam vistas e tratadas como se casadas fossem³³⁷. Porque na verdade

³³³ LANÇA, Hugo Cunha. Dormir com alguém, acordar com o Estado: reflexão sobre a lei da união de facto. In: Revista de Ciências Empresarias e Jurídicas, nº 24– Instituto Superior de Contabilidade e Administração. Porto, 2014, p. 185-186.

³³⁴ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 149-152.

³³⁵ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 86-87.

³³⁶ Nuno de Salter Sid afirma que “viver em condições análogas às dos cônjuges” significa que “os sujeitos da união de facto adoptam normalmente um comportamento semelhante àquele que a lei espera dos cônjuges, no tocante ao cumprimento dos deveres pessoais do casamento, apesar de não estarem vinculados a isso” (SALTER SID, Nuno de. A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito. Coimbra: Almedina, 2005, p. 566-567).

³³⁷ FRANÇA PITÃO, José António de. Uniões de facto e economia comum. Coimbra: Almedina, 2011, p. 40.

a união de facto e o casamento se apresentam como situações próximas, em que o casal vive em idêntica coexistência e convivência.

Também Carlos Pamplona Corte-Real afirma que a união de facto é na verdade um casamento informal, o que justificaria uma possível aplicação analogia *legis*, “de todos e cada um dos aspectos do regime do casamento que forem ajustadamente transponíveis”. Pois os unidos de facto desejam, a semelhança dos cônjuges, uma comunhão plena de vida, “os companheiros assumidamente querem, do mesmo modo, viver em comum, e não será a diferença forma constitutiva que obstará à similitude estrutural das convivências dos cônjuges e dos parceiros da união de facto”³³⁸.

Defendemos a tese de que o artigo 1576º deve ter interpretação alargada, sendo cabível a inclusão da união de facto como uma verdadeira relação jurídica familiar, na medida em que cumpre os requisitos para ser considerada como uma, conforme já citados anteriormente, quais sejam: a virtual perdurabilidade e o tendencial afeto inerente ao vínculo familiar, marcado por um fato socialmente relevante, neste caso a convivência pública e duradoura³³⁹.

Portanto, a união de facto e casamento são relações familiares, e isso resulta de uma proximidade de vivências numa figura e em outra, porque é a mesma vivência e convivência entre os cônjuges e os unidos de facto. Por isso que se mostra evidente a possibilidade de aproximação da união de facto ao regime jurídico do casamento.

4.2.2 O modelo brasileiro de união estável: a equiparação ao regime jurídico do casamento

A CFB estabelece que a família tem especial proteção do Estado, garantindo à união estável proteção constitucional como entidade familiar em seu art. 226 §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

³³⁸ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 153.

³³⁹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. O conceito de família e as famílias no direito português. In: Atas da conferência Famílias no plural: alargar o conceito, alargar o preconceito. Lisboa: ILGA Portugal, 2013. p. 155-156.

A união estável é compreendida como uma situação de fato, entre duas pessoas, que são desimpedidas para contrair casamento, vivendo juntas, como se casadas fossem, formando uma entidade familiar. Trata-se de um casamento de fato, uma situação jurídica, decorrente da liberdade de autodeterminação das pessoas que optam por constituir uma união livre³⁴⁰. É um estado de fato convertido pela CFB em relação jurídica familiar³⁴¹.

A união estável difere do chamado concubinato na medida em que neste as partes estariam impedidas de contrair casamento, conforme dispõe o art. 1727 do CCB, sendo que na união estável não há qualquer impedimento matrimonial, as partes poderiam contrair casamento, mas não o fazem³⁴². Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: “concubinato é a relação conjugal que se estabelece paralelamente a outra união conjugal, seja simultânea ao casamento civil ou a uma união estável”³⁴³.

No direito brasileiro a união estável, diante do texto constitucional de 1988 é espécie de relação jurídica familiar, não gênero, pois possui proteção e reconhecimento do Estado³⁴⁴.

Diante da ausência de formalidade para a constituição da união estável, a lei prevê alguns requisitos para sua verificação e constituição, quais sejam: estabilidade e publicidade, marcadas pela convivência pública e duradora, sendo uma relação contínua, mediante a ausência de impedimentos matrimoniais. Todos estes requisitos permeados pelo ânimo de constituir família e a intenção das pessoas de viverem como se fossem casadas³⁴⁵. Trata-se na verdade de uma espécie de

³⁴⁰ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 467-469.

³⁴¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168. Também neste sentido Álvaro Villaça Azevedo refere que a união estável também poderia ser denominada de “casamento de fato”, porque os conviventes sentem como se fossem casados, trata-se de um “casamento presumido” (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. Estatuto da família de fato. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 241-243).

³⁴² CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28-28.

³⁴³ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Direito de família: Uma abordagem psicanalítica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 48.

³⁴⁴ PINTO DE AZEVEDO, Tupinambá. Casamento: Instituição em Xequê. In: Casamento: uma escuta além do judiciário. Coord. Ivone M. Coelho de Souza. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2006, p. 22.

³⁴⁵ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 467-469; LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171; FONTANELLA, Patrícia. União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 24-25.

comparação ao casamento, “uma tentativa de se desenhar o casamento, com a diversa de não haver o ato civil”, conforme afirma Rodrigo da Cunha Pereira³⁴⁶.

No Brasil, ao contrário da união de facto em Portugal que somente recebe proteção depois de transcorridos dois anos, não existe a exigência de tempo mínimo de relacionamento. Será o magistrado, que diante das provas produzidas para a verificação da união estável, que determinará se apresenta os requisitos necessários para seu reconhecimento³⁴⁷.

Na verdade o requisito mais importante para a verificação da união estável é a convivência em posse de estado de casado, como se casados fossem, com presença dos elementos essenciais ao casamento, quais sejam: os impedimentos matrimoniais, os direitos e deveres comuns, o regime legal de bens, os alimentos, o poder familiar, o parentesco e a filiação. Trata-se de uma relação jurídica que independe de qualquer ato ou manifestação de vontade formal para se constituir ou dissolver³⁴⁸.

A união estável, ao contrário do casamento, constitui-se e rompe-se sem a intervenção do Estado, pode ser dissolvida livremente, sem a necessidade de qualquer procedimento judicial. Traz consigo a ideia de mais liberdade do que no casamento³⁴⁹.

Os conviventes poderão ainda estabelecer um contrato de convivência, ou chamado de contrato de coabitação, no qual promoverão a autorregulamentação de sua união, podendo dispor livremente de seus bens e estipular o regime de bens que irá vigorar na constância da união. Contudo, o documento escrito está condicionada à existência fática da união estável, bem como à existência dos seus requisitos de verificação. Na verdade este documento somente serve como prova para demonstrar a existência da união estável, não podendo ir contra a lei, e estando sujeito à decretação judicial de nulidade de qualquer uma das cláusulas³⁵⁰.

O contrato de coabitação não cria a união estável, pois esta nasce de um fato ao qual a lei atribui efeitos, e para ter completa eficácia este contrato necessita dos elementos fáticos, fatos que comprovem que os companheiros vivam como se

³⁴⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 35.

³⁴⁷ FONTANELLA, Patrícia. União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 50.

³⁴⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172.

³⁴⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 52-53.

³⁵⁰ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1119-1120.

casados fossem, pois é primeiro necessário que haja a união para então existir o contrato³⁵¹.

Os efeitos da união estável no Direito Brasileiro são semelhantes aos efeitos do casamento. O CCB prevê que os companheiros deverão obedecer os deveres de: lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos em seu art. 1724, diferente do casamento em que são deveres dos cônjuges, na forma do art. 1577 do CCB: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos. Também prevê em seu art. 1725, que a semelhança do casamento³⁵², vigora entre os companheiros o regime da comunhão parcial de bens, na inexistência de contrato escrito.

Difere no casamento quanto aos filhos nascidos durante a vigência da união estável, pois não existe a presunção de paternidade, o filho será registrado no nome de ambos desde que o pai assim o queira. Na verdade, a união estável constitui somente prova para a paternidade³⁵³.

Contudo, a principal e mais substancial diferença entre o casamento e a união estável no Direito Brasileiro se dá no âmbito do Direito das Sucessões. Pois o cônjuge é herdeiro necessário, e herdará na forma do art. 1829 do CCB, que determina o seguinte: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente”.

Em contrapartida, companheiro é herdeiro facultativo e herdará na forma do art. 1790 do CCB: “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com

³⁵¹ OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de. Contrato de coabitação na união de facto: Confronto entre o direito brasileiro e português. Coimbra: Almedina, 2006, p. 70-71.

³⁵² O art. 1.640 do CCB estabelece o seguinte sobre o casamento: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

³⁵³ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 53-55.

descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Ou seja, o cônjuge é herdeiro necessário, e concorrerá com os descendentes e na falta destes com os ascendentes do *de cujus*, sendo que na hipótese de falta destes e daqueles será herdeiro da totalidade da herança³⁵⁴. Enquanto o companheiro é considerado herdeiro facultativo, somente herdará sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união, na falta de descendentes ou ascendentes, concorrerá com outros parentes, tendo direito somente à um terço da herança, e somente herdará a totalidade na falta de parentes sucessíveis.

Contudo, o STF se manifestou pela inconstitucionalidade do art. 1790 do CCB, em decisão com repercussão geral reconhecida³⁵⁵.

Sobre esta decisão Zeno Veloso sustenta que o art. 1790 do CCB é inconstitucional, pois “trata a sucessão dentro da família constituída pela união estável como se fosse uma entidade familiar inferior, de quinta categoria. O art. 1790 é injusto, inconsequente, absurdo e perdidamente inconstitucional”. Refere que diante dos preceitos constitucionais, principalmente da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação não há razão de “discriminar” uma família pelo modo como foi constituída, pois todas estão no mesmo patamar e merecem igual respeito³⁵⁶.

³⁵⁴ O STJ confirmou o entendimento de que o cônjuge é herdeiro necessário e herda sobre a totalidades dos bens do *de cujus*.
Ementa: CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC. 1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil). 2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido. (Ac. do STJ, de 22/04/2015, REsp 1382170/SP).

³⁵⁵ Ementa: DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida (Ac.do STF, de 10/05/2017, Rex nº 878.694-MG).

³⁵⁶ VELOSO, Zeno. O artigo 1.790 é injusto, inconsequente, absurdo e perdidamente inconstitucional. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Ed. 28, ago/set 2016, p. 5-6.

Contudo, contrário à decisão proferida pelo STF, Mário Luiz Delgado refere que “Ao proclamar o igualitarismo sucessório das entidades familiares, o STF simplesmente aniquilou a liberdade daqueles que optam pela relação informal, exatamente porque não pretendem se submeter ao regime formal do casamento”. Refere ainda, que ao igualar totalmente a união estável ao casamento, alterou-se a natureza jurídica da união estável, transformando em um outro tipo de relacionamento, que não foi desejado pelas partes, pois trata-se, conforme afirma o autor de um “casamento forçado”. Diz que o STF desconsiderou a escolha do legislador ordinário em diferenciar o casamento da união estável e violou o art. 226 da CFB, que em nenhum momento equiparou a união estável ao casamento³⁵⁷.

Ainda em desfavor da decisão do STF, Rodrigo da Cunha Pereira assente que “equiparar a união estável seria praticamente acabar com ela, matá-la em sua essência, que é exatamente não estar presa às regras do casamento. A união estável é um instituto em que os sujeitos desejam um espaço onde possam criar suas próprias regras de convivência, sem interferência estatal”. Porque as pessoas que vivem em união estável não se casam no civil porque não desejam, porque não querem a intervenção excessiva do Estado, porque optaram em viver em uma união livre. Contudo, a não equiparação da união estável ao casamento não significa negar proteção à este instituto jurídico, porque a CFB a garantiu como entidade familiar e detentora de proteção estatal³⁵⁸.

Havemos de verificar, portanto, que o casamento e união estável são entidades familiares que recebem proteção constitucional. Em ambas as relações jurídicas familiares existe a intenção de viver em comunhão plena de vida e constituir família, não havendo como justificar um tratamento desigual entre ambas. Ainda porque o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana devem ser respeitados, garantindo os mesmos direitos aos companheiros e aos cônjuges, pois união estável e casamento são entidades familiares e devem ser protegidas igualmente pelo Estado.

Sendo assim, no Brasil a união estável está quase equiparada aos efeitos do casamento. Entendemos que, na medida em que a CFB equiparou a união estável ao casamento, significou atribuir à união estável todos os efeitos do casamento, não

³⁵⁷ DELGADO, Mario Luiz. Sucessão e união estável após o julgamento do STF. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Ed. 28, ago/set 2016, p. 10.

³⁵⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Ed. 28, ago/set 2016, p. 11.

havendo qualquer possibilidade de tratamento diferenciado. Portanto, no regime jurídico brasileiro é plenamente cabível a equiparação da união estável ao casamento, e a recondução de todos os efeitos do casamento para a união estável, como forma de garantir a igualdade e liberdade de todos os cidadãos.

4.3 As uniões plúrimas

No que diz respeito às relações jurídicas familiares, importante a análise das situações em que existe pluralidade de relações, trata-se do fenômeno denominado pluralidade familiar. Esta pluralidade pode ocorrer de duas formas: pela perspectiva da filiação ou pelas relações conjugais. Pela perspectiva da filiação tratam-se das chamadas famílias recompostas, quando um filho coexiste em duas famílias, em que extinto o vínculo conjugal entre os genitores, mantém-se intactos os vínculos de filiação. Trata-se da concepção plural da família, que não traz maiores discussões, portanto será objeto de estudo neste tópico³⁵⁹.

Por outro lado, as relações de conjugalidade plúrimas, ou também denominadas de famílias paralelas, ou simultâneas, são situações em que um dos membros do casamento ou união de facto/estável, mantém mais de um relacionamento conjugal, ou seja, mantém relação conjugal paralela com outra pessoa, que não aquela do núcleo original. Podendo ocasionar a coexistência de um casamento e uma união de facto/estável, ou de duas uniões de facto/estáveis.

Desde logo cumpre afastas das considerações a seguir as situações de simultaneidade conjugal que detenham caráter meramente sexual, as relações passageiras e clandestinas na maioria das vezes. Porque trata-se na verdade de um “adultério eventual”, que não incorrerá em efeitos jurídicos. Já as situações de simultaneidade familiar serão aquelas que abordaremos neste tópico, pois destas poderão decorrer efeitos jurídicos³⁶⁰.

Neste sentido, Letícia Ferrarini observa que para que se reconheçam efeitos jurídicos à uma família simultânea à um casamento ou à uma união estável/de facto,

³⁵⁹ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 85-89.

³⁶⁰ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 107-108.

é necessário a existência de requisitos mínimos, quais sejam: a boa-fé, a afetividade, a coexistência, a estabilidade e a ostentabilidade plena³⁶¹.

A boa-fé objetiva³⁶², conforme determina a autora diz respeito à “certos deveres de conduta fundados na retidão e na lealdade”, impõe respeito à confiança recíproca das partes. Ainda refere que “daí a viabilidade jurídica de relações de conjugalidade simultâneas constituírem família, desde que permeadas [...] pelo atendimento recíproco, entre todos os componentes, dos deveres impostos pela boa-fé objetiva”³⁶³.

Outro elemento, que segundo a autora, é determinante para que as famílias simultâneas incorram em efeitos jurídicos é a afetividade, que seria pressuposto essencial, na medida em que seria o fundamento e finalidade da relação³⁶⁴. Contudo, neste ponto, discordamos da posição defendida pela autora, pois conforme discorreremos ao longo do presente trabalho a afetividade não pode ser elemento definidor de uma relação jurídica familiar, na medida em que poderão existir relações familiares não permeadas pelo afeto. Na verdade deveríamos falar na tendencial afetividade entre seus membros.

Ainda cita a autora que a necessidade de coexistência na relação paralela, significa que o integrante que compõe os dois núcleos familiares coabita na primeira família, sem afastar a coexistencialidade eventual na segunda relação. Quanto à estabilidade, diz respeito à prolongação temporal da relação, que não se trata de algo eventual, mas sim existe um caráter de durabilidade³⁶⁵.

E por fim a ostentabilidade, que traduz a ideia de que as pessoas mais íntimas ao casal devem ter conhecimento da relação paralela. É plena na medida em que se perfaz de modo explícito, no sentido em que qualquer observador poderá

³⁶¹ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 108.

³⁶² Neste sentido Antônio de Menezes Cordeiro afirma que “a boa-fé objetiva remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados ou, simplesmente, para um modo de atuação dito “de boa-fé” [...]. A boa-fé atua como uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar. Nalguns casos, a boa-fé surge como um corretivo de normas suscetíveis de comportar uma aplicação contrária ao sistema; noutros, ela surge com a única forma atendível. Em todos eles, todavia, ela concretiza-se em regras de atuação. Em Direito, quem diz regras de atuação diz regras de proibição” (MENEZES CORDEIRO, Antônio. Tratado de Direito Civil. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 964).

³⁶³ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109-111.

³⁶⁴ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 112.

³⁶⁵ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 112-113.

deduzir trata-se de uma entidade familiar. A relação deve ser conhecida publicamente, e até inclusive, pelo núcleo original, o que não permitirá que seus componentes incorram em erro³⁶⁶. Neste sentido, Letícia Ferrarini afirma o seguinte:

Nesse cenário, havendo transparência, tomado conhecimento do relacionamento simultâneo – estendendo-se a todos os componentes das entidades familiares, sobretudo os que mantêm relação de conjugalidade com o membro comum – e ainda assim, a despeito da simultaneidade, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, entende-se que os membros se configuram como entidade familiar, não sendo viável proteger apenas o núcleo original³⁶⁷.

Portanto, as famílias paralelas que aqui tratamos serão aquelas que cumprem os requisitos apresentados: a boa-fé objetiva, o tendencial afeto entre seus membros, a coexistência, a estabilidade e a ostentabilidade plena.

Porque detém as características para serem reconhecidas como relações jurídicas familiares que já citamos anteriormente: a tendencial afetividade e a virtual perdurabilidade, pela relevância social e publicidade do vínculo, aqui representado por uma união pública e duradoura.

Neste sentido, estas relações são famílias para a generalidade de efeitos, merecendo proteção jurídica no tocante à dignidade de seus membros.

4.3.1 Breves considerações sobre a monogamia

Diante da situação de duas uniões conjugais simultâneas vividas por uma mesma pessoa, discute-se a imperatividade do princípio da monogamia nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Como bem descreveu Friedrich Engels, a monogamia foi imposta ao casamento diante das relações de propriedade, como medida de evitar a incerteza da filiação, para garantir a certeza da sucessão. A monogamia tem origem no predomínio do homem na família e sobre a mulher, e pela indissolubilidade do casamento que até épocas passadas prosperava. Tinha como principal objetivo garantir a certeza da filiação dentro da família³⁶⁸.

³⁶⁶ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114-115.

³⁶⁷ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

³⁶⁸ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Lisboa: Editora Presença, 1891, p. 108.

Atualmente, o princípio da monogamia aparece nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, na medida que o casamento prévio constitui causa de impedimento matrimonial³⁶⁹, incorrendo quem pratica este ato no crime de bigamia³⁷⁰, punido em ambos os países.

Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro refere o princípio da monogamia representa a proibição de dois ou mais casamentos que tenham uma mesma pessoa como parte. Assente que, embora o princípio da monogamia não se encontre transcrito na CRP, sua imposição não oferece dúvidas, pois a lei ordinária é clara ao determinar que uma pessoa não poderá se casar se já estiver casada com outrem, sendo esta a causa de impedimento matrimonial, conforme determina o art. 1601º c) do CCP.

Mas, o princípio da monogamia comporta duas exceções: o casamento putativo e o casamento celebrado no estrangeiro e reconhecido em Portugal³⁷¹.

O casamento putativo permite que, mesmo sendo o casamento inválido, independe da causa de sua invalidade, sejam atribuídos efeitos de um casamento válido. Conforme determinam os arts. 1647º e 1648º do CCP, o casamento putativo é anulável, se tiver sido contraído de boa fé por ambos os cônjuges, ocasião em que produzirá efeitos em relação aos cônjuges, aos filhos e à terceiros, até o trânsito em julgado da sentença que o anula. Contudo, se apenas um dos cônjuges tiver contraído o casamento de boa fé, somente a este caberá invocar os efeitos do casamento, em favor de si, dos filhos e de terceiros. Mas, se ambos os cônjuges estiverem de má fé, mesmo assim o casamento ainda surtirá efeitos em relação aos filhos. A boa fé dos cônjuges é presumida, trata-se da ignorância, ao celebrar o casamento, de vício causador da nulidade ou anulabilidade do casamento, ou se a declaração de vontade de um, ou de ambos, tiver sido extorquida por coação física ou moral³⁷².

³⁶⁹ Em Portugal, se contraído casamento com a violação deste impedimento é anulável nos termos do art. 1631º a) do CCP. No Brasil o casamento de pessoas casadas também é causa de impedimento para o casamento, conforme o art. 1521, VI do CCB.

³⁷⁰ O Código Penal Português institui o crime de bigamia em seu art. 247º. O Código Penal Brasileiro também pune o crime de bigamia conforme seu art. 235.

³⁷¹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 64.

³⁷² DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 64.65.

A segunda exceção ao princípio da monogamia é o casamento poligâmico celebrado no estrangeiro e reconhecido em Portugal. Miguel Teixeira de Sousa refere que este tipo de casamento viola a ordem pública internacional portuguesa, razão pela qual não produzirá qualquer efeito no ordenamento jurídico português. Contudo, não há impedimento para o seu reconhecimento na ordem jurídica portuguesa, mediante a verificação de certas condições, de um casamento poligâmico que foi validamente celebrado em outro país segundo o direito internacional dos nubentes. Contudo, este reconhecimento não viola a ordem pública internacional portuguesa enquanto impedimento matrimonial ou para os efeitos do divórcio ou anulação³⁷³.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro Maria Berenice Dias sustenta que a monogamia não é um princípio do Direito de Família, trata-se na verdade de uma regra que proíbe múltiplas relações conjugais matrimonializadas. Assente a autora que monogamia é considerada a função ordenadora da família, foi instituída como mera convenção da sociedade pelo triunfo da sociedade privada em detrimento do estado condominial primitivo³⁷⁴.

Outra posição brasileira sobre o princípio da monogamia é de Marianna Chaves, que refere que na verdade trata-se de um vetor, não podendo ser enquadrada como princípio jurídico diante da inexistência de previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Sustenta que é um vetor para as relações conjugais, do casamento e da união estável, mas nem sempre é seguida pelos seus integrantes, podendo repercutir nas famílias paralelas³⁷⁵.

Em contrapartida, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que o a monogamia é um princípio jurídico ordenador no Direito de Família Brasileiro, trata-se de um princípio básico, que organiza as relações familiares no mundo ocidental. O rompimento do princípio da monogamia não acontece quando um dos cônjuges mantém relações extraconjugais eventuais com índole sexual com outra pessoa,

³⁷³ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. O casamento no Direito Internacional Privado: alguns aspectos. In: Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. 1. V. Coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Coimbra: Almedina, 2005, p. 439-441.

³⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

³⁷⁵ CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 44.

mas sim com o estabelecimento de uma família simultânea ao núcleo original, seja casamento ou união estável³⁷⁶.

Contudo, o autor afirma que garantir direitos à uma família paralela fere o princípio da monogamia, mas não conceder direitos à este tipo de entidade familiar fere a noção de justiça, na medida em que beneficia-se somente a relação original. Não conceder direitos e proteção à família paralela gera um enriquecimento ilícito daquele que faz parte dos dois núcleos familiares. Refere que “mas o fato de ferir este princípio significa fazer injustiça, devemos recorrer a um valor maior, que é o da prevalência da ética sobre a moral, para que possamos aproximar do ideal de justiça”. Conclui que “o Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe “arranhar” o princípio jurídico da monogamia”. Por fim, afirma que o julgador deve aplicar outros princípios no caso concreto e aplicar a justiça dentro do seu poder de discricionariedade³⁷⁷.

Neste sentido, devemos considerar a monogamia um princípio jurídico nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, contudo devemos admitir a sua relativização em determinados casos, principalmente quando prestigia-se outros valores dignos de proteção, como é o caso da dignidade dos membros da família paralela, garantindo proteção quando presentes os pressupostos para seu reconhecimento enquanto relação jurídica familiar³⁷⁸.

4.3.2 Uma virtual aproximação à problemática do casamento putativo

Diante de todos os argumentos apresentados, pela eventual relativização do princípio da monogamia e pelo recorte das relações paralelas, que merecem proteção jurídica, enquanto relações jurídicas familiares, devemos analisar com o modo mais adequado de garantir esta proteção.

Jorge Duarte Pinheiro afirma que na eventual ocorrência de dois casamentos simultâneos havemos de verificar primeiramente se um ou os dois cônjuges encontravam-se de boa-fé, sendo a aplicável o regime do casamento putativo. Não sendo hipótese de boa-fé o casamento é nulo, gerando efeitos somente perante os

³⁷⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 127-129.

³⁷⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 143-145.

³⁷⁸ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 478.

filhos. Entretanto, também poderá haver a ocorrência de dois casamentos simultâneos na ordem jurídica portuguesa quando houver o reconhecimento de casamento poligâmico celebrado no estrangeiro, hipótese que haverá reconhecimento restrito, excetuando os afeitos para o divórcio ou anulação do casamento³⁷⁹.

Outra hipótese de união plúrima é a ocorrência de um casamento e uma união de facto simultaneamente. Porém, lei portuguesa somente admite a vigência simultânea de um casamento e de uma união de facto com eficácia quando o unido de facto, que já foi casado, encontrar-se separado de pessoas ou bens do antigo cônjuge. Se um dos unidos de facto vier a contrair casamento com outra pessoa durante a vigência da união de facto esta dissolve-se. Portanto, não há qualquer possibilidade expressa em lei que garanta efeitos à união de facto quando simultânea a um casamento³⁸⁰.

Como última hipótese temos a vigência simultânea de duas uniões de facto. A LUF estabelece que a união de facto é: “a situação jurídica de duas pessoas, independente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos”. Portanto, a lei não se aplica à união de facto composta por mais de duas pessoas. Contudo, não proíbe expressamente a vigência simultânea de duas ou mais uniões de facto, pois somente o casamento anterior não dissolvido que impede a produção de todos os efeitos da união de facto. O casamento posterior também extingue a união de facto, contudo a lei não prevê que uma união de facto irá se extinguir se uma das partes constituir outra união de facto com outra pessoa³⁸¹.

Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro afirma que “não é concebível que o legislador tenha abdicado do princípio da monogamia quando estão em causa somente uniões de facto”. O legislador teve como propósito legislar a união de facto em semelhança ao casamento, por isso estaria sujeita ao princípio da monogamia. E também porque o art. 2020º do CCP garante proteção alimentar à pessoa que viva

³⁷⁹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 68-69.

³⁸⁰ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 68-69.

³⁸¹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 68-69.

“em condições análogas às dos cônjuges” com o falecido, expressão que demonstra a existência de uma relação conjugal entre duas pessoas³⁸².

Sendo assim, se vislumbra que em caso de uniões de facto simultâneas o unido de facto de boa-fé poderá requerer proteção garantida que quando pensava se tratar de união de facto única. Assim, Jorge Duarte Pinheiro afirma que não existem obstáculos para que a lei ordinária atribua efeitos e garanta proteção às uniões poligâmicas, porque o art. 36º da CRP garante o direito de constituir família e contrair casamento, determinando que a lei ordinária deverá regular os requisitos e efeitos do casamento³⁸³.

No que diz respeito ao enquadramento da questão no ordenamento jurídico brasileiro, Maria Berenice Dias afirma que os relacionamentos paralelos existem e negar sua existência jurídica é não ver a realidade. Tratam-se de relações que repercutem no mundo jurídico, pois os membros convivem, têm filhos e eventualmente até patrimônio em comum, e não garantir qualquer direito atenta contra a dignidade destas pessoas. Argumenta a autora que não garantir efeitos jurídicos às relações paralelas é privilegiar o infiel, afirma que “quem mantém vínculos afetivos paralelos, alvo de reprovação social, não pode ser beneficiado”. A autora defende que na iminência de relações paralelas deve-se aplicar analogicamente o regime do casamento putativo, embora os participantes soubessem do casamento ou união estável anterior, sendo plenamente cabível a divisão do patrimônio, garantido ao membro da família paralela todos os direitos como se casado fosse³⁸⁴.

Neste sentido, também Letícia Ferrarini refere que diante dos valores constitucionais que protegem a família, não há como o Estado deixar de proteger determinada entidade familiar. Assim como o Estado deve abster-se de violar direitos fundamentais das famílias, também tem o dever de proteger de qualquer violação que possa vir a ser causada por um particular. Nesta esteira, ambas as famílias paralelas merecem proteção. Porque na verdade não se trata de qualquer tipo de relacionamento eventual, mas sim de uma família, mediante a verificação dos

³⁸² DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 70.

³⁸³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. Poligamia e uniões paralelas. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 70.

³⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 48-52.

requisitos postos anteriormente, quais sejam: a boa-fé, o tendencial afeto entre seus membros, a coexistência, a ostentabilidade plena e a estabilidade³⁸⁵.

Portanto, diante da existência de duas famílias paralelas merecedoras de proteção, assume o Estado o encargo de proteger, devendo resguardar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, e o plano de vida de cada um dos indivíduos envolvidos. Porque “havendo família, haverá tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade”³⁸⁶.

Sendo assim, para efeitos alimentares, patrimoniais e sucessórios a família paralela deverá ser equiparada aos efeitos da união estável. Não havendo tutela específica para as questões das famílias simultâneas será o julgador no caso concreto que analisará os pressupostos e suprirá a omissão legislativa, na tentativa de proteger os direitos da entidade familiar simultânea³⁸⁷.

A jurisprudência brasileira³⁸⁸ tem apresentado julgados no sentido de dividir o patrimônio em três partes, na chamada “triação”, garantido à ambas as famílias o direito à alimentos e herança, entre outros direitos decorrentes das relações de família³⁸⁹.

Neste sentido, Carlos Eduardo Pianovski refere alguns efeitos jurídicos possíveis decorrentes do reconhecimento das famílias paralelas. Quanto à extinção de ambos os vínculos familiares ou no caso de morte daquele que integrou ambos os núcleos, divide-se o patrimônio da seguinte maneira: a) os bens adquiridos onerosamente na constância do primeiro vínculo conjugal, em nome de qualquer dos integrantes, antes da constituição da segunda união, serão divididos apenas entre os integrantes da primeira união; b) os bens adquiridos na vigência das uniões simultâneas em nome do integrante que integra apenas uma das uniões, presume-se integrante apenas desta união, submetendo-se às regras da meação, não comunicando-se com o integrante da outra união simultânea; c) os bens adquiridos

³⁸⁵ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122-123.

³⁸⁶ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 125 e 130.

³⁸⁷ FERRARINI, Letícia. Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 131.

³⁸⁸ “Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Meação (‘triação’). Os bens adquiridos na constância da união dúplice serão partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cujus*. meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de uniões” (TJ/RS, Ac. 8º Câmara Cív., Ap. Cív. 70011962503 – Comarca de Caxias do Sul, Rel. Des. Rui Portanova, j. 17.11.2005, DJRS 20.12.2005).

³⁸⁹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 480.

onerosamente na constância de ambas as famílias paralelas, em nome daquele que integra ambos os núcleos, presume-se de titularidade dos três componentes da situação de simultaneidade, hipótese de aplicação da chamada “triação”, a divisão igualitária em três partes³⁹⁰.

Portanto, mediante a verificação de pluralidade de relações conjugais, onde a relação paralela cumpre os requisitos de verificação apresentados, quais sejam: a boa-fé objetiva, o tendencial afeto entre seus membros, a coexistência, a estabilidade e a ostencividade plena, é possível e necessária sua proteção jurídica, com a aproximação à problemática do casamento putativo. Isso tudo, como objetivo de garantir a dignidade dos membros que compõe a relação paralela e visando o não enriquecimento ilícito daquele que coexiste em dois núcleos familiares simultaneamente.

4.4. A extinção do casamento pelo divórcio: a eliminação da ponderação da culpa

Diante de toda problemática apresentada ao longo do trabalho, na medida em que demonstramos que o afeto não é suscetível de gerar efeitos jurídicos, bem como que as relações jurídicas familiares de tipo horizontal tem sua manutenção e extinção baseada no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na autonomia da vontade, julgamos necessário discorrer uma breve análise sobre o instituto do divórcio.

Pois, o casamento não constitui mais um vínculo perpétuo entre os cônjuges, o art. 36º nº 2 da CRP prevê a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio, constituindo um direito dos cônjuges. O divórcio é a dissolução do vínculo conjugal, a pedido de um ou ambos os cônjuges³⁹¹.

O divórcio não era admitido no ordenamento jurídico português até o ano 1910³⁹², ano de publicação do Decreto de 3 de Novembro, conhecido como a Lei do Divórcio. Esta lei determinou que o divórcio poderia ser litigioso ou por mútuo consentimento, sendo que a modalidade litigiosa poderia ser por causas objetivas,

³⁹⁰ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anaais/9.pdf>. Acesso em 06 de abr. de 2017.

³⁹¹ GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 562. TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. O regime jurídico do divórcio. Coimbra: Almedina, 1991, p. 3-4.

³⁹² Antes disto o CCP de 1867 somente permitia o instituto da separação de pessoas e bens.

(por exemplo: adultério, abandono do domicílio conjugal) ou subjetivas, (por exemplo a separação de facto dos cônjuges, ausência de notícias, loucura incurável)³⁹³.

Contudo, em 1940 foi assinada a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, que proibiu o divórcio para os casamentos católicos que viessem a ser celebrados após esta data. Posteriormente, o CCP 1966, na versão originária, manteve a proibição de divórcio para os casamentos católicos celebrados após a referida Concordata. Restringiu também a possibilidade de divórcio no casamento civil e aboliu a possibilidade do divórcio litigioso ou por mútuo consentimento baseado em causas objetivas³⁹⁴.

A Revolução de 25 de abril de 1974 produziu mudanças significativas no contexto sociopolítico de Portugal, que levou à assinatura do Protocolo Adicional à Concordata de 1940, que permitiu o divórcio tanto para o casamento católico como para o civil³⁹⁵.

Com a Reforma do CCP em 1977, introduziram-se significativas mudanças no regime do divórcio. O novo diploma legal permitiu duas modalidades de divórcio: o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso. O divórcio litigioso deveria ser decretado com fundamento em causas subjetivas, ou seja, a violação culposa dos deveres conjugais, ou em causas objetivas, como por exemplo, a separação de fato. No regime do divórcio litigioso o juiz deveria declarar a culpa dos cônjuges, quando houvesse. Sendo que a declaração de culpa de um dos cônjuges como principal culpado na ruptura do casamento possuía consequências negativas no que diz respeito à partilha, às doações e aos alimentos³⁹⁶.

Contudo, com a edição Lei nº 61/2008, modificou-se essencialmente o regime jurídico do divórcio. A exposição de motivos da referida lei, que foi proposta pelo projecto de Lei 509/X afirma que são “fundamentos do casamento na nossa

³⁹³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 620-621. PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 590-591. SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE (Director Científico), FERNANDO, Paula, OLIVEIRA, Patrícia. O novo regime jurídico do divórcio em avaliação. Coord. Conceição Gomes. Centro de Estudos Sociais: Universidade de Coimbra, 2010, p. 14.

³⁹⁴ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 620-621.

³⁹⁵ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 593. DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 620-621.

³⁹⁶ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 620-621.

sociedade a liberdade de escolha, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, a afetividade no centro da relação, a plena comunhão de vida e a cooperação e apoio mútuos”. A liberdade de escolha é definida como liberdade de ninguém permanecer casado contra sua vontade, diante da inexistência de comunhão plena de vida. Esta ideia traduz que a simples invocação de ruptura da vida em comum do casal garante fundamento para a decretação do divórcio, mesmo que sem o acordo do outro cônjuge³⁹⁷.

A Lei do Divórcio eliminou a declaração da culpa, e suas consequências jurídicas negativas associadas. A mudança introduzida retirou do divórcio o pressuposto da culpa pela violação dos deveres conjugais. Ao contrário do que ocorria no regime anterior à lei de 2008, o juiz não irá determinar e graduar a culpa para aplicar sanções patrimoniais. O regime anterior determinava que a declaração de culpa influía nos efeitos da partilha do divórcio, o cônjuge que fosse declarado “culpado” não poderia receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado pelo regime da comunhão de adquiridos e perderia os benefícios que tivesse recebido ou receberia pelo fato do casamento ou pelo estado de casado. Assim como o cônjuge “culpado” teria o dever de reparação dos danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge diante da dissolução do casamento, e teria o dever de prestar alimentos ao outro se necessitasse³⁹⁸.

Atualmente existem duas modalidades de divórcio no ordenamento jurídico português: o divórcio por mútuo consentimento³⁹⁹, em que ambos os cônjuges, em comum acordo, requerem a dissolução do vínculo conjugal; e o divórcio litigioso⁴⁰⁰ em que um cônjuge requer o divórcio em desfavor do outro.

O divórcio por mútuo consentimento é o pedido requerido em comum acordo entre os cônjuges, no qual não serão reveladas as causas da dissolução do vínculo conjugal, conferindo aos cônjuges a faculdade de mantê-las em segredo. Além do consentimento dos cônjuges para a decretação do divórcio é necessário também que os mesmos estejam de acordo quanto à prestação de alimentos para aquele que necessitar, ao exercício do poder paternal dos filhos menores e ao destino da

³⁹⁷ DIAS COSTA, Eva. A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais. In: *E foram felizes para sempre...?* Coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida. Coimbra Editora, 2010, p. 66-67.

³⁹⁸ LOBO XAVIER, Rita. Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31-32.

³⁹⁹ Conforme determinam os arts. 1775º a 1778º do CCP.

⁴⁰⁰ Regulado nos arts. 1779º a 1785º do CCP.

casa de morada da família. Esta modalidade de divórcio é administrativa, mas poderá vir a ser judicial, quando não houver acordo entre as partes. O acordo firmado deverá ser homologado pelo conservador do registro civil, no caso do divórcio por via administrativa, ou pelo juiz, na hipótese da via judicial⁴⁰¹.

Não havendo possibilidade de acordo entre as partes adotar-se-á a modalidade litigiosa, pois embora tenha sido eliminada a culpa com a edição da Lei nº 61/2008, o divórcio sem consentimento deverá preencher os requisitos legais objetivos do art. 1781º do CCP, quais sejam: a separação de fato por um ano consecutivo⁴⁰²; a alteração das faculdades mentais de um dos cônjuges, há mais de um ano, que pela sua gravidade, impossibilita a vida em comum; a ausência, sem notícias do cônjuge, por tempo não inferior a um ano; e qualquer outro fato que, independente da culpa dos cônjuges, demonstrem a ruptura da união conjugal⁴⁰³.

A referida lei do divórcio divide a modalidade litigiosa em dois tipos: o chamado divórcio-fracasso, que corresponde art. 1781º do CCP, alíneas a) (“separação de facto por três anos consecutivos”), c) (“a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum”) e d) (“a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos”). E o chamado divórcio-remédio correspondente à alínea b) do referido artigo (“a separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro”)⁴⁰⁴.

Neste sentido, Carlos Pamplona Corte-Real argumenta que a leitura do art. 1781º não é clara, pois o divórcio-fracasso deveria depender somente da vontade de um ou de ambos os cônjuges, sendo que ao juiz somente deveria caber uma intervenção mínima na valoração da inequívoca ruptura da vida conjugal, por qualquer dos cônjuges desejada. Pois obrigar os cônjuges a permanecer casados, “parece corresponder a uma reminiscência passadista quanto à virtual perenidade

⁴⁰¹ PEREIRA COELHO, Francisco, OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito da Família, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 601-604, DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 281. ARAÚJO DIAS, Cristiana M. Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2009, p. 30.

⁴⁰² O art. 1782º assim define a separação de facto: “Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a reestabelecer”.

⁴⁰³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. O direito da Família Contemporâneo, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013, p. 688-689. ARAÚJO DIAS, Cristiana M. Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁰⁴ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 20-21.

do vínculo conjugal”. O art. 1781º, em especial à alínea d) que prevê a possibilidade de divórcio por qualquer fato, independente da culpa dos cônjuges, que demonstrem a ruptura conjugal, deve ser interpretado em consonância com a tutela da personalidade⁴⁰⁵.

Assim, o juiz nunca irá determinar nem graduar a culpa de um dos cônjuges pelo fim do casamento, sendo eliminada qualquer discussão sobre a culpa no processo de divórcio. Exige-se apenas que os fatos alegados demonstrem a ruptura da vida conjugal, que se demonstra pelo simples pedido de divórcio por um dos cônjuges⁴⁰⁶.

Neste sentido, Guilherme de Oliveira refere que atualmente a irrelevância da culpa no divórcio consagra a tendência “evitar que os cônjuges procurem inventariar e provar o pior que aconteceu no seu casamento, causando ainda maiores danos a si próprios e aos filhos”. Porque, segundo o autor “a progressiva “sentimentalização” do casamento e da família tendeu a separar os afectos do património”⁴⁰⁷.

Portanto, a referida lei procurou, independente da culpa, estabelecer a mínima situação económica dos cônjuges que possuíam anterior ao casamento. O art. 1792º nº1 do CCP, que estabelece a reparação de danos, não está circunscrito com a violação dos deveres conjugais, mas sim, à violação de direitos absolutos pelo próprio relacionamento, como por exemplo a violência doméstica. Sendo assim, a lei somente levará em consideração a violação dos deveres conjugais no divórcio, quando desta violação restar uma inobservância à direitos absolutos⁴⁰⁸.

Conforme afirma Carlos Pamplona Corte-Real os danos eventualmente causados por um cônjuge à outro nada mais influem no divórcio, embora o art. 1792º do CCP preveja que “o cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”, nada tem a ver com a culpa, que foi excluída pela lei, conectada com as pretensas violações dos deveres conjugais. Na verdade tratam-se de danos causados por um dos cônjuges que nada tem a ver com os deveres conjugais,

⁴⁰⁵ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 22.

⁴⁰⁶ DIAS COSTA, Eva. A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais. In: E foram felizes para sempre...? Coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida. Coimbra Editora, 2010, p. 71-72.

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. A nova Lei do divórcio. In: Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 7, nº13. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 6 e 14.

⁴⁰⁸ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos, SILVA PEREIRA, José. Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011, p. 17-20.

como por exemplo ofensas à integridade física, homicídio, crimes de violências domésticas, entre outras hipóteses. Sendo que estes crimes deverão ser julgados pelos tribunais comuns, porque, conforme sustenta o autor “a problemática da culpa aqui é ponderada fora da órbita dos meros deveres conjugais, embora a situação conjugal possa agravar a responsabilidade civil, para além da criminal, que possa estar em causa”⁴⁰⁹.

Sendo assim, a nova lei do divórcio traduziu o novo paradigma em que o casamento atualmente está circunscrito, de que duas pessoas se casam porque se amam, ou mesmo não amando, porque tem a vontade de unir-se em matrimônio, pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade e pela autonomia da vontade que possuem. Ou seja, quando já não há mais a comunhão plena de vida, os cônjuges possuem o livre direito de desfazer o casamento por meio do divórcio. Porque atualmente é inaceitável que alguém permaneça casado com outra pessoa contra sua vontade. Conforme afirma Hugo Lança “quando um dos cônjuges perde o desejo de permanecer casado o casamento terminou, pelo que o divórcio não é mais do que o reconhecimento jurídico do fim do casamento”⁴¹⁰.

No Brasil, à semelhança do que ocorreu em Portugal, o divórcio nem sempre foi admitido. O CCB de 1916 determinava o casamento como indissolúvel, somente o chamado desquite colocaria fim ao casamento, porém sem dissolver o vínculo existente entre os cônjuges e sem a possibilidade de ambos os cônjuges casarem-se novamente com outra pessoa. Em 1977 foi aprovada a Emenda Constitucional (EC) nº9, de 28 de junho, que permitiu o divórcio como causa de dissolução nupcial. Neste sentido a Lei nº 6515/77 o regulamentou e exigiu a decretação da separação judicial por cinco anos pelo juiz e a comprovação da causa da separação para então

⁴⁰⁹ PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Relance crítico sobre o Direito de Família português. In: Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho. Coord. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 123-124. Neste sentido também Guilherme de Oliveira concorda que os “os ilícitos podem fundamentar uma obrigação de indemnizar, portanto, não resultam da mera violação dos deveres especificamente conjugais: os ilícitos resultam da violação de deveres gerais de respeito, de ofensas a direitos da personalidade e direitos fundamentais” (OLIVEIRA, Guilherme de. A nova Lei do divórcio. In: Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 7, nº13. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 21).

⁴¹⁰ LANÇA, Hugo. Breves considerações à lei do casamento descartável (também conhecida como a lei do divórcio). Verbo Jurídico, 2010. Disponível em: <https://www.verbojuridico.net/doutrina/2010/hugolanca_casamentodescartavel.pdf>. Acesso em 17 de abr. de 2017.

decretar-se o divórcio, determinando uma única possibilidade de divórcio para cada cônjuge⁴¹¹.

Posteriormente, a CFB facilitou a dissolução do casamento em seu art. 226 §6º; diminuiu para um ano o tempo de separação judicial, e incluiu uma nova modalidade de divórcio, o chamado divórcio direto, que era submetido à um prazo de dois anos de separação de fato, independente da separação judicial.

Neste cenário, para que um dos cônjuges pudesse propor a ação de divórcio antes de transcorrido um ano da separação judicial, necessitava demonstrar que outro tinha culpa pelo fim do casamento, que havia praticado conduta desonrosa ou praticado atos que violassem gravemente os deveres do casamento, devendo demonstrar que tais atos tornaram insuportável a vida em comum⁴¹².

Neste sentido, em 2010 foi aprovada a EC nº 66, que determinou que “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”, submetido apenas a vontade de um ou dos dois cônjuges em extinguir a relação conjugal, sem mais qualquer possibilidade de discussão sobre a causa ou culpa do término do casamento ou qualquer prazo de separação judicial⁴¹³.

Atualmente existem três tipos de divórcio no Brasil: o divórcio judicial litigioso, o divórcio judicial consensual e o divórcio extrajudicial consensual. Os cônjuges adotarão a modalidade de divórcio judicial litigioso quando não houver acordo entre ambos, contudo não há culpado pelo divórcio nem responsável pela ruptura. Eventuais ofensas sofridas durante a união conjugal deverão ser discutidas em processo autônomo, segundo as regras da responsabilidade civil, nunca em razão do próprio divórcio⁴¹⁴.

A modalidade do divórcio judicial consensual é utilizada pelos cônjuges quando estes levam o acordo à homologação judicial, cabendo ressaltar que na hipótese de haver filhos menores não existe a possibilidade de divórcio extrajudicial⁴¹⁵.

E por fim, o divórcio extrajudicial, que é realizado por escritura pública lavrada por notário, desde que as partes estejam assistidas por advogado ou defensor

⁴¹¹ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 282-383.

⁴¹² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

⁴¹³ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 283-284.

⁴¹⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 154-156.

⁴¹⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 154-156.

público, cumprindo dois requisitos: ausência de filhos menores e acordo sobre todas as questões referentes ao divórcio⁴¹⁶.

O divórcio constitui uma vertente da liberdade humana de autodeterminação, na medida em que consideramos que quando duas pessoas se casam pensam na manutenção do vínculo, contudo não há como deixar de lembrar que existe a possibilidade da cessação da vontade nesta manutenção. Diante da EC nº66/2010 o divórcio é atualmente compreendido como um instrumento efetivo e eficaz que garante a proteção da dignidade humana dos envolvidos⁴¹⁷.

Isso tudo porque, o direito ao do livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade devem ser respeitados tanto na constituição como na dissolução do vínculo conjugal. A CFB está voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana, portanto todas as entidades familiares merecem respeito e a devida proteção, mesmo quando acabam. Devemos levar em consideração o princípio da ruptura, que representa a liberdade dos cônjuges em escolher constituir, manter ou extinguir uma relação familiar, sem qualquer possibilidade de intervenção do Estado, vertente do princípio da mínima intervenção do Estado no âmbito da família. E por fim, o direito à intimidade consagrado constitucionalmente, não se coaduna com a ponderação da culpa no divórcio, porque estaríamos diante de uma exposição da intimidade do casal totalmente desnecessária, porque o divórcio deve ter como único requisito a vontade dos cônjuges em não permanecerem mais casados⁴¹⁸.

Portanto, o direito ao divórcio representa o respeito à autonomia da vontade, à liberdade e à intimidade dos cônjuges, na medida em que lhes é conferido cessar o casamento quando bem entenderem, independe de qualquer culpa ou motivação, garantindo a faculdade de manter os motivos do fim do vínculo conjugal em segredo⁴¹⁹.

Diante dos cenários de Portugal e do Brasil apresentados verificamos que a culpa não mais influi ou é causa determinante para o divórcio. Os deveres conjugais são deveres programáticos para o casamento, por isso seu descumprimento não gera mais a relevância da culpa pelo fim do casamento.

⁴¹⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 154-156.

⁴¹⁷ CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016, p. 379-380.

⁴¹⁸ BARBOSA DE ALMEIDA, Renata, RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 256-257.

⁴¹⁹ COELHO DE SOUZA. Ivone M. C. Casamento desfeito, famílias fragmentadas. In: Casamento: uma escuta além do judiciário. Coord. Ivone M. Coelho de Souza. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2006, p. 297.

Atualmente o divórcio poderá ser requerido por qualquer um dos cônjuges, somente baseado em sua vontade, sem qualquer outro requisito necessário para sua decretação. Porque na verdade o divórcio representa a concretização do direito de autodeterminação do indivíduo, pelo seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autonomia da vontade.

5. Conclusão

A presente dissertação buscou demonstrar o pretense princípio da afetividade e qual o seu papel na construção e estruturação das relações jurídicas familiares, principalmente no que diz respeito às relações jurídicas familiares de tipo horizontal, a saber: casamento e união de facto/estável, visando a estabilidade de uma comunhão plena de vida relacionalmente paritário

Primeiramente analisamos a família e o afeto. Concluimos que a família é um núcleo tendencialmente de afeto e de virtual perdurabilidade do vínculo, diante de um ato constitutivo socialmente relevante, seja biológico, judicial, administrativo ou vivencial. Concluimos também que o afeto pode estar presente em múltiplas relações familiares, mas não é susceptível de ser tratado como situação autônoma geradora de efeitos, dado seu caráter íntimo. Por isso que o afeto representa um valor, um pressuposto para a família e para o Direito de Família. O afeto representa um ideal a ser buscado nas relações jurídicas familiares, mas nem sempre estará presente, bem como sua presença será de difícil verificação, por se tratar de algo intrínseco ao homem.

Demonstramos também a evolução do Direito de Família, no sentido de abertura às novas formas coexistenciais, que pressuponham uma realidade socialmente expressiva, reconhecível e respeitável na sua virtual estabilidade.

Concluimos também que o Direito de Família é ramo do Direito Privado por excelência, e não pode pretender tanger a intimidade da comunhão plena de vida que as relações familiares horizontais, no respeito ao livre desenvolvimento da personalidade e pela dignidade humana, necessariamente observam.

Em seguida, na medida em que a maioria da doutrina brasileira assente que a afetividade é um princípio jurídico para o Direito de Família, demonstramos que esta não poderá ser elevada a princípio jurídico, sob pena de não serem reconhecidas ou protegidas as famílias que não fundadas no afeto, em que imperam outros valores, como ódio, desinteresse ou até vantagens econômicas.

Ao percorrer nosso estudo nos deparamos com a seguinte questão: se não é o afeto que identifica a família, qual seu elemento estruturante? Neste sentido, buscamos primeiramente demonstrar o direito fundamental de constituir família em Portugal e no Brasil, e concluimos ser um conceito aberto, que abarca mais situações do que somente o casamento.

Assim, diante da interpretação constitucional para a família e pelo modelo aberto e abrangente aceito em Portugal e no Brasil, demonstramos a legislação ordinária familiar e o conceito de família nos dois países. Na medida em que a família é um conceito plural, concluímos que as relações jurídicas familiares de tipo horizontal tem sua base fundamentadora no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na autonomia da vontade, pela liberdade que os indivíduos têm de criar, modificar ou extinguir tais relações. Entretanto as relações jurídicas familiares de tipo vertical tem um cunho diferenciado, marcadamente imperativo, porque está em causa o exercício da parentalidade e dos deveres que a lei abarca.

Assim, na medida em que determinados que o afeto não é requisito essencialmente presente nas relações jurídicas familiares de tipo horizontal, buscamos demonstrar pontualmente sua intersecção nestes institutos, bem como o que exerce fundamental interferência é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade.

Por fim, demonstramos o instituto do casamento, concluímos que o mesmo não poderá ser interpretado como um contrato, porque esta em causa a intimidade e privacidade dos cônjuges, não podendo sua vida íntima ser contratualizada, pois o casamento é modificado todos os dias, é o que os cônjuges desejam que seja. Nesta esteira, ainda buscamos também demonstrar os deveres conjugais no casamento, e concluímos que não há deveres conjugais nem paraconjugais, nem a culpa releva no divórcio, quando muito tais deveres terão cunho programático.

Percorrendo o caminho das relações jurídicas familiares de tipo horizontal, analisamos o casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal e no Brasil, e concluímos que não existe justificativa legal para impedir este tipo de casamento, pela aplicação dos princípios da igualdade e da não discriminação.

Neste âmbito ainda analisamos a união de facto em Portugal e a união estável no Brasil. Concluímos que a união de facto, a união estável e casamento são relações familiares, e isso resulta de uma proximidade de vivências numa figura e em outra. Por isso que em Portugal seria possível uma aproximação da união de facto ao casamento no que diz respeito aos efeitos jurídicos, bem como no Brasil já é aceito a equiparação dos institutos.

Neste sentido também procuramos demonstrar a eventual identificação das uniões plúrimas, e concluímos que, mediante os requisitos de verificação de uma relação jurídica familiar: o tendencial afeto entre seus membros e pela virtual

perdurabilidade do vínculo, sendo este vínculo público e socialmente relevante, é possível uma virtual aproximação à problemática do casamento putativo, como forma de garantir proteção jurídica aos seus membros.

Por fim, dedicamos uma breve análise ao instituto do divórcio, na medida em que foi eliminada a ponderação da culpa, por isso que o divórcio deve ser lido atualmente, diante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia na vontade, porque a mera vontade dos cônjuges em não permanecerem mais unidos conduz ao pedido de divórcio.

Buscamos concluir com o presente trabalho que não é o princípio da afetividade ou o afeto que definem as relações jurídicas familiares de tipo horizontal, mas sim o que determina sua formação, modificação ou extinção é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da vontade garantido à seus membros, pela a liberdade de autodeterminação, ou seja, a liberdade de fazer suas próprias escolhas no âmbito familiar.

Por isso que a família deve sempre ser considerada com um núcleo de tendencial afetividade e virtual perdurabilidade dos vínculos, diante de um ato constitutivo público e socialmente relevante.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Pedro de. **Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito da família**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia**. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito (número especial). Coimbra, 1989, p. 5-41.

ANTUNES VARELA, DF. **Direito da família**. Vol. I, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999.

ARADY MIRANDA, Felipe. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Revista de Direito Brasileiro**. Ano 2, nº 10, 2013, p. 11175-11211.

ARAÚJO DIAS, Cristiana M. **Uma análise do novo regime jurídico do divórcio: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar. In: **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. 6.v. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 451-470.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. I – Introdução, as pessoas, os bens. 2ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

_____. A reserva da intimidade da vida privada familiar. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XLIII, ano nº1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 9-28.

BAPTISTA DOS SANTOS, Romualdo. **A tutela jurídica da afetividade: Os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

BARBOSA DE ALMEIDA, Renata, RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROS FILHO, Clóvis de. **Amor** – Aula 6. Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sbghRVmjVXM>>. Acesso em 02 de jun. de 2017.

BARROS MONTEIRO, Washington de. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil: Direito de Família**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 08 de mar. de 2017.

BELTRÃO, Silvo Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Família Democrática. In: **ANAIIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/31.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.

CARVALHO, Telma. A união de facto: a sua eficácia jurídica. In: **Comemorações aos 35 anos do Código Civil e da e dos 25 da Reforma de 1997**, Vol. I – Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 221-255.

CASTRO MENDES, João de. **Direito da Família**, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Asfdl, 1990/1991.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CÂMARA GROENINGA, Giselle. Família: Um caleidoscópico de relações. In: **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**, cood. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: IMAGO, 2003, p. 125-142.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10^a ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**, 8^a ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2016.

CHAVES, Marianna. Famílias paralelas. In: **Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 39-54.

_____. O reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a questão do ativismo judicial. In: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº2, p. 739-757.

CONEN, Cristián. ¿Es la familia una realidade de interés jurídico privado o publico? In: **Direito e dignidade da família: do começo ao fim da vida**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 47-52.

COSTA GONÇALVES, Diogo. **Pessoa e direitos de personalidade: Fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS, 2006.

COELHO DE SOUZA, Ivone M. C. Casamento desfeito, famílias fragmentadas. In: **Casamento: uma escuta além do judiciário**. Coord. Ivone M. Coelho de Souza. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2006, p. 311-327.

CRUZ ALMEIDA, Gerado da. **Da união de facto: convivência more uxório em direito internacional privado**. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. **Direito de família: Uma abordagem psicanalítica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Ed. 28, ago/set 2016, p. 11.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DELGADO, Mario Luiz. Sucessão e união estável após o julgamento do STF. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Ed. 28, ago/set 2016, p. 10.

DIAS, Maria Berenice. A invisibilidade das uniões homoafetivas e a omissão da justiça. In: **Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 11-23.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS COSTA, Eva. A eliminação do divórcio litigioso por violação culposa dos deveres conjugais. In: **E foram felizes para sempre...?** Coord. Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida. Coimbra Editora, 2010, p. 53-80.

DIAS DE ANDRADE, Fernando. **Poder familiar e afeto numa perspectiva Espinosa**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/15.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2017.

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em 17 jan. de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 5, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 679-739.

DUARTE, David José Peixoto. Perspectivas constitucionais da família. In: **Traços da família portuguesa**. Direcção-Geral da Família, 1994. p. 77-112.

DUARTE PINHEIRO, Jorge. **O núcleo intangível da comunhão conjugal**: Os deveres conjugais sexuais. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Poligamia e uniões paralelas. In: **Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 55-74.

_____. **O direito da Família Contemporâneo**. 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013.

_____. O estatuto do cidadão homossexual no direito de família: O lugar de Portugal no movimento internacional. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**, Vol. 1. Coimbra Editora, 2013, p. 377- 390.

_____. Afecto e justiça no caso concreto no Direito da Família: “utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?”. In: **Estudos de Direito da Família e da Criança**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 301-321.

_____. A quarta revolução matrimonial? O casamento entre pessoas do mesmo sexo. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real**. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 115-130.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Lisboa: Editora Presença, 1891.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

_____. Famílias: entre o público e o privado. **ANAIS VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2012.

FALCÃO, Marta; PESTANA SERRA, Miguel Dinis; TENREIRO TOMÁS, Sérgio. **Direito da Família**: da teoria à prática. Coimbra: Almedina, 2016.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FRANÇA PITÃO, José António de. **Uniões de facto e economia comum**. Coimbra: Almedina, 2011.

FONTANELLA, Patrícia. **União estável**: a eficácia temporal das leis regulamentadoras. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**: Análise econômica do Direito no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GLENDON, Mary Ann. **State, law and Family**: Family law in transition in the United States and Western Europe. Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1977.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____, VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol I, 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre peixes e afetos**: um devaneio acerca da ética no direito de família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/18.pdf>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional**: negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2016.

LACERDA DE ANDRADE, Renata Cristina Othon. Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: JusPodivm, 2010, p. 69-90.

LANÇA, Hugo. **Breves considerações à lei do casamento descartável** (também conhecida como a lei do divórcio). Verbo Jurídico, 2010. Disponível em: <https://www.verbojuridico.net/doutrina/2010/hugolanca_casamentodescartavel.pdf>. Acesso em 17 de abr. de 2017.

_____. Dormir com alguém, acordar com o Estado: reflexão sobre a lei da união de facto. In: **Revista de Ciências Empresarias e Jurídicas**, nº 24— Instituto Superior de Contabilidade e Administração. Porto, 2014, p. 179-231.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. Lições de direitos da personalidade – **Separado do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**.

_____, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. **Lições de Direito da Família**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

LEITE PINTO, Ricardo. ARTIGO 20º. Igualdade perante a lei. In: **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 255-259.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, nº 24, jun/jul 2004, p. 136-156.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

LOBO XAVIER, Rita. Da crise à desregulamentação família. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.835-848.

_____. **Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais**: Lei nº 61/2008, de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. O “estatuto privado” dos membros da união de facto. In: **Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**, Tomo LXIV, nº 338 – maio/agosto 2015. Braga: Empresa do Diário do Minho, p. 283-316.

MACEDOS DOS SANTOS, Victor. Conceito ou “não conceito” de família?. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real**. Org. António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira, M. Januário da Costa Gomes e Jorge Duarte Pinheiro. Coimbra: Almedina, 2016, p. 319-418.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MORAIS CARVALHO, Jorge. Os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. In: **Para Jorge Leite: Escritos Jurídicos**. Vol. II. Coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 99-119.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOTA PINTO, Paulo. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal-Brasil Ano 2000**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 40, Colloquia 2. Coimbra Editora, 1999, p. 149-246.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. **Princípios constitucionais de Direito de Família**: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão).

_____. A nova Lei do divórcio. In: **Lex Familia** – Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 7, nº13. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 5-32.

_____. Notas sobre a Lei nº 23/2010 de 30 de agosto (alteração à lei das uniões de facto). In: **Lex Familia** – Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 7, nº14. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 139-153.

OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de. **Contrato de coabitação na união de facto**: Confronto entre o direito brasileiro e português. Coimbra: Almedina, 2006.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. **Direito da Família e das Sucessões** (Relatório). Lisboa: Lex, 1995.

_____. Da índole pretensamente heterossexual do instituto do casamento. In: Estudos em memória de Teresa de Lemos. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2007, p. 75-85.

_____, MOREIRA, Isabel, DUARTE D'ALMEIDA, Luís. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**: Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Homoafectividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal. In: **Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Coordenação Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 24-38.

_____, SILVA PEREIRA, José. **Direito da Família**: Tópicos para uma reflexão crítica, 2ªed. Lisboa, Aafdl, 2011.

_____, PEREIRA, José Silva. ARTIGO 9º. Direito de contrair casamento e de constituir família. In: **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 129-137.

_____. O conceito de família e as famílias no direito português. In: **Atas da conferência Famílias no plural**: alargar o conceito, alargar o preconceito. Lisboa: ILGA Portugal, 2013, p. 155-162.

_____. Relance crítico sobre o Direito de Família português. In: **Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho**. Coord. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 107-130.

PEREIRA COELHO, F. M. Casamento e família no direito português. In: **Temas de Direito da Família**. Coimbra: Almedina, 1986, p. 1-29.

_____, OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial, 4ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PEREIRA JR., Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: **Direito e dignidade da família: do começo ao fim da vida**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 93-111.

PEREIRA MOREIRA, Rodrigo. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: proteção e promoção da pessoa humana (e-book). Curitiba: Juruá, 2016.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em 06 de abr. de 2017.

PINTO DE AZEVEDO, Tupinambá. Casamento: Instituição em Xequê. In: **Casamento: uma escuta além do judiciário**. Coord. Ivone M. Coelho de Souza. Florianópolis: Editora Voxlegem, 2006, p. 21-44.

PLASTINO, Carlos Alberto. **O primado da afetividade**: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumar, 2001.

RESENDE DE BARROS, Sérgio. A tutela constitucional do afeto. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.881-889.

_____. **A ideologia do afeto**. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

_____. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em 20 de jan. de 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 41, nº 163. Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Edições e Publicações, jul/set 2004, p. 113-130.

SALTER SID, Nuno de. **A comunhão de vida à margem do casamento**: entre o facto e o direito. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Sobre o direito de não contrair casamento. In: **Família, consciência, secularismo e religião** – Org. Centro de direito da Família e Ius Gentium Conimbrigae Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coord. Guilherme de Oliveira, Jónatas Machado, Rosa Martins. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 275-294.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEABRA DINIZ, João. Família lugar de afectos. In: **Estudos em homenagem à Rui Epifânio**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 143-162.

SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, José. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (Director Científico), FERNANDO, Paula, OLIVEIRA, Patrícia. **O novo regime jurídico do divórcio em avaliação**. Coord. Conceição Gomes. Centro de Estudos Sociais: Universidade de Coimbra, 2010.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil: Direito de Família**: As famílias em perspectiva constitucional. Vol. 6, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **O regime jurídico do divórcio**. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. O casamento no Direito Internacional Privado: alguns aspectos. In: **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. 1. V. Coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente. Coimbra: Almedina, 2005, p. 415-441.

_____. Apontamentos sobre a família e o direito. In: **A família e o direito**: 30 anos da exortação apostólica *familiaris consortio*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, 2013, p. 87-96.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Estatuto da família de fato**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VELOSO, Zeno. O artigo 1.790 é injusto, inconsequente, absurdo e perdidamente inconstitucional. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Ed. 28, ago/set 2016, p. 5-6.

VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Org. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 133-194.

VILELLA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, nº 21, maio 1979, p. 400-418.

WALD, Arnold, CORRÊA DA FONSECA, Priscila M. P. **Direito Civil: Direito de Família**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

Portugal

Tribunal Constitucional

Ac. de 15/12/1998, processo nº 690/98 (Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida).

Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt

Ac. de 08/07/2009, processo nº 358/2009 (Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro). Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt

Ac. de 28/04/2010, processo nº 121/2010 (Relator: Conselheiro Vítor Gomes).

Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. de 15/02/2007, processo nº 6.284/2006-8 (Relator Pedro Lima Gonçalves).

Disponível em: www.dgst.pt

Brasil

Superior Tribunal Federal

Ac. de 05/05/2011, processo nº ADIn 4277/DF (Relator Ministro Carlos Ayres Britto).

Disponível em: www.stf.jus.br

Ac. de 10/05/2017, processo nº Rex 878.694/MG (Relator Ministro Luís Roberto Barroso). Disponível em: www.stf.jus.br

Superior Tribunal de Justiça

Ac. de 25/10/2011, processo nº Resp. 1.183.378/RS (Relator Luís Felipe Salomão).

Disponível em: www.stj.jus.br

Ac. do STJ, de 22/04/2015, processo nº REsp 1382170/SP (Relator Ministro João Otávio De Noronha). Disponível em: www.stj.jus.br

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ac. de 17/11/2005, processo nº Ap. Cív. 70011962503 – Comarca de Caxias do Sul (Relator Desembargador Rui Portanova). Disponível em: www.tjrs.jus.br